

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

Cotisations des travailleurs dans la Sécurité sociale en Suisse et en France

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

FEREYDOUN KAVOUSSI

1967

**Cotisations des travailleurs dans la
Sécurité sociale en Suisse
et en France**

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

Cotisations des travailleurs dans la Sécurité sociale en Suisse et en France

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

FEREYDOUN KAVOUSSI



IMPRIMATUR

Monsieur Fereydoun KAVOUSSI est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit "*Cotisations des travailleurs dans la Sécurité sociale en Suisse et en France*".

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

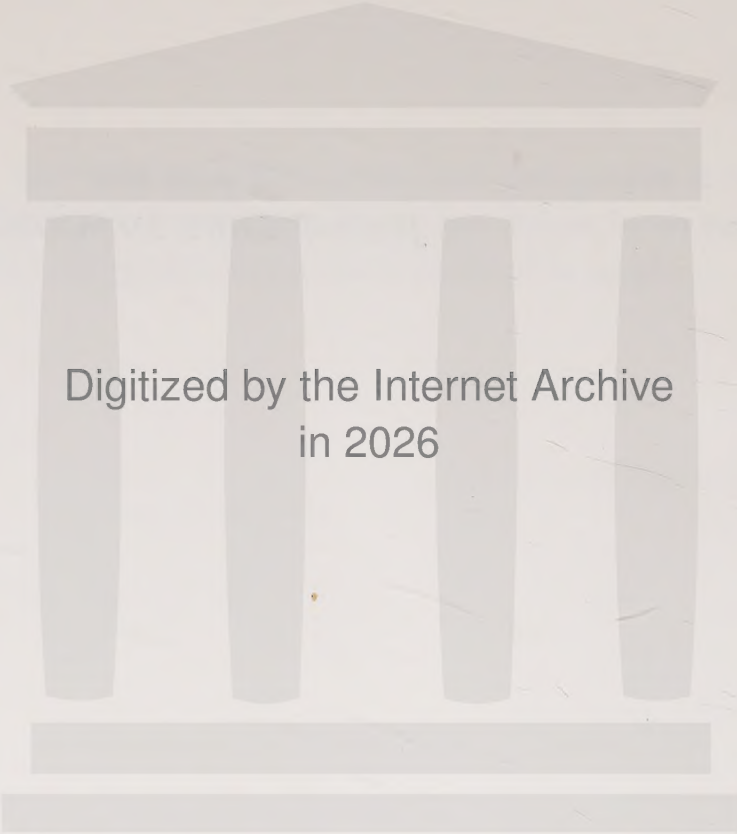
Neuchâtel, le 17 novembre 1967.

Le doyen
de la Faculté de droit et des
sciences économiques:

F. Clerc

Qu'il nous soit permis d'exprimer toute notre gratitude et nos remerciements à Monsieur le Professeur Jean-François Aubert pour l'extrême bienveillance avec laquelle il a dirigé notre travail.

A mon ami
JEAN-PIERRE DESCOMBES



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555027_0034

PARTIE GENERALE

CHAPITRE PREMIER

LA SECURITE SOCIALE

SECTION I. — La notion

Aujourd'hui, une conviction unanime affirme que la Sécurité sociale est un but à atteindre. En essayant de définir ce but, on pourra peut-être tenter une synthèse des objectifs complexes et très étendus de la Sécurité sociale.

Il nous faut ici évoquer les principes exposés par Lord Beveridge à ce sujet. Ils correspondent en effet à un plan complet de Sécurité sociale, bien que ce plan soit loin d'atteindre sa réalisation complète de nos jours.

Selon ces principes, le but à atteindre est "l'abolition du besoin" en assurant à tout citoyen un revenu suffisant, à tout moment, pour satisfaire à ses charges⁽¹⁾. Ce but exige d'abord une assurance contre l'interruption et la perte de gain⁽²⁾. Ensuite, il nécessite un ajustement du revenu en fonction des charges de la famille, pendant le temps du travail aussi bien que pendant son interruption⁽³⁾. Mais tout cela n'est efficace que si ces mesures sont accompagnées par la détermination officielle d'user de tous les pouvoirs de l'Etat, aussi largement qu'il paraîtra nécessaire, pour assurer à tous, sinon une absolue continuité du travail, du moins une chance raisonnable d'obtenir un emploi productif⁽⁴⁾.

Le but de la Sécurité sociale ainsi défini comprend trois éléments:

a) La sécurité de l'emploi

Elle exige une politique économique commandée par le souci du plein emploi. Cette politique sera complétée par une organisation efficace de la mani-d'œuvre qui, avec une bonne connaissance statistique du marché du travail, s'occupe du service du placement, ainsi que de l'orientation et de la formation professionnelles⁽⁵⁾.

(1) V. William BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services*, 1942, no. 11 et s., p. 7 et s., no. 444, p. 165.

(2) *Ibid.*, no. 12, p. 7.

(3) *Ibid.*, no. 13, p. 7.

(4) *Ibid.*, no. 440, p. 163.

(5) V. P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, no. 229 et s., p. 508 et s.

b) La sécurité du gain

Elle demande l'application d'une politique de prestations familiales et de compensation des charges, non au titre de la rémunération du travail accompli, mais en fonction des besoins et des charges propres à l'individu et à sa famille⁽¹⁾.

c) La sécurité de la capacité de travail

Elle nécessite une politique d'équipement sanitaire et d'organisation médical qui permette de procurer les soins préventifs et curatifs contre la maladie, ainsi qu'une politique d'équipement technique afin de prévenir les accidents du travail et les maladies professionnelles⁽²⁾.

Le chômage et la maladie ne seront jamais totalement supprimés d'où l'interruption de travail, qui peut aussi avoir une cause heureuse comme la maternité. La Sécurité sociale remédie aux conséquences de cette interruption par l'attribution d'un revenu de remplacement⁽³⁾.

La Sécurité sociale, dans son extension actuelle, implique la sécurité du gain et celle de la capacité de travail. La politique du plein emploi, qui vise à fournir le travail et à prévenir le chômage, bien qu'elle soit indispensable à la création et au développement d'une véritable sécurité sociale, s'exerce en dehors du cadre de celle-ci.

La politique de la Sécurité sociale adoptée pour réaliser les trois éléments susmentionnés revêt deux aspects différents, qui sont étroitement associés : la sécurité par l'indemnisation des risques, et la sécurité par la prévention des risques.

L'indemnisation des risques sociaux doit s'exercer par la voie d'une politique de redistribution du revenu national⁽⁴⁾, qui aura pour but de corriger la répartition souvent injuste des revenus, résultant du jeu aveugle des mécanismes socio-économiques. Mais c'est la prévention des risques qui, selon la conception nouvelle, forme l'aspect le plus important de la Sécurité sociale. La politique de la santé publique, celle du plein emploi, et celle de la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles, en constituent les différents éléments⁽⁵⁾.

-
- (1) V. W. BEVERIDGE, *op. cit.*, p. 153-165; également sur ces points, P. LAROQUE, *De l'assurance sociale à la Sécurité sociale*, *Rev. intern. trav.*, juin 1948, p. 623-625.
- (2) *Ibid.*
- (3) V. W. BEVERIDGE, *op. cit.*, no. 300, p. 120.
- (4) V. W. BEVERIDGE, *op. cit.*, no. 11, p. 7; P. Durand, *op. cit.*, no. 52, p. 106 - 108, no. 282, p. 603 - 616; F. NETTER, *La Sécurité sociale et ses principes*, p. 293 et s.; J. DOUBLET et G. LAVAUX, *Sécurité sociale*, p. 444-450.
- (5) V. P. DURAND, *op. cit.*, no. 194, p. 437 et s.

§ 1. — DIFFERENCE ENTRE LA SÉCURITÉ SOCIAL ET L'ASSURANCE SOCIALE

a) La différence de conception

La Sécurité sociale n'est pas un prolongement de l'assurance sociale (1). L'assurance sociale, telle qu'elle s'est actuellement développée, n'est qu'un moyen parmi d'autres d'atteindre le but de la sécurité sociale (2). Ayant auparavant un caractère partiel, elle s'appliquait seulement à l'ensemble ou à une partie des salariés, et cela pour certains risques, tandis que la Sécurité sociale comporte une série de mesures générales, tendant à protéger toute la population contre tous les risques sociaux. Ce caractère général quant aux personnes protégées et aux risques couverts, exprime l'idée nouvelle de la protection contre les risques sociaux, qui doit être complète et pour tous ceux qui en auront besoin. En effet, les politiques multiples — économiques, techniques et sociales — qui doivent être mises en oeuvre par un plan de sécurité sociale, ne peuvent se limiter à certaines catégories d'individus. Elles doivent nécessairement s'appliquer à toute la population. Elles ne sauraient non plus se limiter à certaines sortes de risques et négliger les autres. Cette exigence est plus évidente quand il s'agit d'une politique de redistribution du revenu national, qui doit forcément reposer sur une solidarité de la population entière.

b) La différence d'administration

La généralisation de la Sécurité sociale nécessite une centralisation de ses organismes, à l'encontre de l'ancienne méthode d'assurance sociale. La corrélation des politiques ci-dessus définies et la similarité de tous les risques sociaux quant à leurs conséquences économiques (la perte de gain qui doit être indemnisée), justifie la création de cette organisation unitaire. La simplification et l'efficacité sont encore deux autres motifs de cette unité, qui est considérée comme un élément fondamental de la politique de Sécurité sociale (3).

c) La différence de techniques

Dans la Sécurité sociale, on a de plus en plus tendance à renoncer aux techniques de l'assurance sociale, qui étaient pour la

(1) V. P. DURAND, *op. cit.*, no. 73, p. 163.

(2) Cette idée a été exprimée pour la première fois dans la loi américaine sur la Sécurité sociale de 1935; sur cette loi, cf. *infra*, p. 13.

(3) V. W. BEVERIDGE, *op. cit.*, no. 44, p. 22-23; P. DURAND, *op. cit.*, no. 167, p. 371.

plupart inspirées de celles de l'assurance privée. Cette renonciation se manifeste d'abord dans la disparition, totale ou partielle, des conditions rigoureuses auxquelles étaient subordonnées les prestations.

Parmi ces conditions, celles qui avaient pour but de réserver le bénéfice des prestations à certains groupes de la population perdent leur raison d'être avec la généralisation de la Sécurité sociale à l'ensemble de la population.

Les conditions de versement d'une cotisation personnelle tendent aussi à disparaître et à être remplacées par une seule exigence, celle d'avoir occupé ordinairement un emploi rémunéré (1). Plusieurs raisons expliquent cette tendance. D'abord, une prestation conditionnée rigoureusement par le paiement d'un certain nombre de cotisations ne peut pas assurer une sécurité sociale réelle. Le bon fonctionnement financier du système n'en sera pas affecté pour autant; car dans la Sécurité sociale, le principe de la répartition, d'une façon générale, a été substitué à celui de la capitalisation ou a été combiné avec lui. On ne constitue plus de réserves mathématiques. L'équilibre financier sera assuré par une compensation des charges sur le plan collectif, entre les éléments riches et les éléments pauvres, à l'intérieur du système, ou à défaut par une garantie financière de l'Etat.

L'aspect moral du versement d'une cotisation personnelle, qui consiste à ne pas donner à l'individu l'impression que les prestations sociales sont gratuites, mais qu'elles sont le fruit de ses propres contributions, perd de sa valeur. Il a été, en effet, remplacé par l'idée que l'assuré doit pouvoir bénéficier des services de la Sécurité sociale parce qu'il en a le droit en tant que membre actif de la société, sans tenir compte du montant de ses cotisations—comme dans le cas des impôts, qui donnent le droit de bénéficier des services publics fournis par l'Etat. Il faut quand même mentionner que des moyens efficaces (tels que la retenue des cotisations sur le salaire, ou les procédés de recouvrement des impôts) sont utilisés pour obtenir le paiement des cotisations (2).

En ce qui concerne le financement, peu importe que le système ait son origine dans l'impôt ou dans la cotisation; cela n'est, en effet, qu'une question d'opportunité psychologique ou économique, car c'est l'économie du pays dans son ensemble qui supporte la charge de la Sécurité sociale (3).

(1) V. *Objectifs et normes minima de la Sécurité sociale*, Rapport IV (1) du B.I.T., 1950, p. 124 - 125.

(2) V. P. DURAND, *op. cit.*, no. 73, p. 163 et s., no. 123, p. 265 et s. Sur les conditions de cotisations, v. *Sécurité sociale: ses principes*, B.I.T., Montréal, 1944, p. 32 et s.

(3) V. P. DURAND *op. cit.*, no. 73, p. 163 - 165; P. LAROQUE, *op. cit.*, p. 627.

§ 2. — L'ASSISTANCE SOCIALE (1)

Nous avons parlé de l'assurance sociale comme d'un moyen parmi d'autres d'atteindre le but de la Sécurité sociale. Un deuxième moyen qui, avec l'assurance sociale, forme les deux moyens principaux de réaliser la Sécurité sociale, est un système connu sous le nom de l'assistance sociale⁽²⁾. Le plan de ce système fut constitué pour la première fois au Danemark, à la fin du XIX^{ème} siècle. Il était destiné, à l'origine, à protéger à l'aide de fonds publics les personnes tombées dans le besoin sans que leur propre responsabilité fût en cause (en particulier les travailleurs âgés). Cette protection, leur attribuant un droit aux prestations envisagées, était donnée à ces gens contre l'humiliation d'avoir recours au secours public pour les indigents.

La dernière réalisation sur cette base est un système complet de Sécurité sociale, élaboré en Nouvelle-Zélande, en 1938, et modifié à quelques reprises jusqu'en 1951, avec les caractéristiques suivantes:

1. Le système est financé par l'impôt, et non par une double cotisation patronale et ouvrière.

2. Il peut s'appliquer à toute la population, à l'exception des émigrants qui n'ont pas effectué un séjour suffisant en Nouvelle-Zélande. Cela est d'ailleurs la seule condition pour avoir droit aux prestations, pour lesquelles aucune autre condition n'est imposée, et aucune distinction n'est faite entre les professions.

3. Le système néo-zélandais assure une couverture générale des risques spécifiés par la loi, et même de ceux qui ne seraient pas expressément spécifiés, sous la notion générale d'urgence; cela sans limitation de durée.

Il convient, cependant, de faire une réserve à propos de ce système. Ses prestations, à l'exception de celles dites universelles—les soins médicaux et hospitaliers en général, et une pension de retraite—ne sont dus qu'aux individus dont les revenus n'excèdent pas une certaine limite. Cette limite est variable selon qu'il s'agit de célibataire ou de personnes chargées de famille.

Les techniques d'assurance sociale et d'assistance sociale, au cours de leurs évolutions respectives, se rapprochent l'une de l'autre. La première présente de plus en plus une tendance à la généralisation du système à toute la population, à l'élimination progressive des conditions de l'octroi des prestations, et à une fiscalisation du régime. La deuxième va vers une élimination de la limite des revenus, considérée comme le grand défaut de cette formule.

(1) Il faut bien distinguer l'assistance sociale de l'assistance publique, bien que cette dernière soit en partie l'inspiratrice et l'origine de la première.

(2) La convention internationale de 1952, sur les normes minima de la Sécurité sociale, admet l'utilisation de l'une ou de l'autre de ces formules, ou d'une combinaison de ces deux.

§ 3. — LE SERVICE NATIONALE DE SANTÉ

Le service national de santé, une création d'après la guerre de 1939, est une organisation importante dans le cadre d'un service moderne de Sécurité sociale. Il doit, en principe, procurer gratuitement à toute la population d'un pays tous les soins médicaux et hospitaliers nécessaires. Sa conception a été inspirée par la législation de la Nouvelle-Zélande (1938), et par la tendance générale de l'assurance-maladie anglaise d'avant la guerre de 1939. Elle trouve son origine dans le rapport de Beveridge ⁽¹⁾ et plus particulièrement dans la recommandation no. 69 du B.I.T., relative aux soins médicaux ⁽²⁾.

Le service national de santé, dont on peut voir un exemple concret actuellement en Grande-Bretagne, a engendré une complète transformation des règles traditionnelles d'exercice de la médecine. Bien que les principes essentiels et indispensables à la bonne pratique de la médecine, comme le libre choix du médecin par le malade, le secret professionnel, et la liberté thérapeutique du médecin, y soient gardés et respectés, le principe de l'entente directe entre le praticien et le client, base de la rémunération du médecin, tend à disparaître complètement. Le médecin reçoit sa rémunération du Service. Elle sera déterminée d'après différentes formules et pourra prendre la forme d'un salaire ⁽³⁾. Le service national de santé altère complètement le caractère de la médecine traditionnelle pour créer ce qu'on appelle la médecine sociale. Il est financé par l'impôt, planifié et dirigé par l'autorité publique qui met en œuvre tous les éléments médicaux et hospitaliers du pays, dans un esprit de coordination, d'économie et d'efficacité ⁽⁴⁾.

§ 4. — EXTENSION ACTUELLE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

La Sécurité sociale, dans son extension actuelle, comprend la garantie de la capacité de travail par une politique de prévention des risques et de soins médicaux, et l'indemnisation de la perte de gain occasionnée par l'interruption temporaire ou définitive du travail. A cela s'ajoute la compensation des charges familiales pendant le temps d'une activité rémunératrice, aussi bien que pendant son interruption.

Les moyens pour arriver à ces fins peuvent différer d'un pays à l'autre, et dans un même pays. Ils portent, dans la quasi-totalité des pays, sur des éléments beaucoup plus limités que ceux envisagés dans un système complet de Sécurité sociale. C'est pour

(1) V. W. BEVERIDGE, *op. cit.*, no. 426, p. 158 et s.

(2) V. *Sécurité sociale : ses principes*, B.I.T., 1944, p. 65 et s.

(3) V. P. DURAND, *op. cit.*, p. 484 et s.

(4) V. Article 27 de la recommandation no. 69 du B.I.T.

cette raison que l'on constate une grande diversité dans les différents pays en ce qui concerne les éventualités couvertes, les personnes protégées, les procédés de réparation des risques sociaux, et les formes des institutions de Sécurité sociale.

Ces différences ont leur cause dans l'évolution historique de ces institutions, la structure politique, et surtout la situation économique de chaque pays. Dans l'exercice d'un plan de Sécurité sociale, il faut bien tenir compte des conditions d'ordre économique qui forment son cadre. Il est extrêmement difficile d'instituer un véritable système de Sécurité sociale dans un pays très pauvre. Le prélèvement sur le revenu national imposé par le financement d'un tel système sera d'autant plus difficile que le pays jouit d'un revenu national moins élevé. De plus, les pays insuffisamment développés ne possèdent pas les moyens nécessaires pour appliquer un régime de Sécurité sociale en dehors des grands centres urbains. D'autre part, on constate que dans les pays les plus riches la législation sociale est souvent la moins évoluée. On considère, dans ces pays, étant donné le revenu élevé des gens, qu'on peut laisser à chacun le soin de se prémunir contre les risques sociaux.

Ainsi, les pays très riches sont ceux qui peuvent facilement instituer un système de Sécurité sociale, alors que ce système y est cependant considéré comme moins nécessaire. Au contraire, les pays les plus pauvres, où l'institution d'un système de Sécurité sociale serait urgente, éprouvent d'extrêmes difficultés à le mettre en œuvre. La Sécurité sociale apparaît donc comme une institution plus développée dans les pays qui se situent entre ces deux extrêmes.

Il faut remarquer toutefois que, parmi les pays très prospères, certains se sont vus dans l'obligation de faire de grandes réformes dans ce domaine, en raison de trop grandes fluctuations économiques ayant de fâcheuses conséquences matérielles et morales : ainsi, le "Social Security Act" de 1935, aux Etats-Unis. De plus, on a constaté que même dans ces pays, si la prospérité prédomine, la misère est loin d'être absente (1).

SECTION II. — La Sécurité sociale des travailleurs

§ 1. — LA NOTION DE "TRAVAILLEUR"

Le mot "travailleur" est un terme équivoque et qui prête souvent à discussion. Au sens large, ce mot pourrait englober toute personne qui exerce une activité. Selon cette conception, la population active peut être divisée en deux groupes :

1) Les salariés en général, comprenant tout individu qui travaille sous la dépendance juridique ou économique d'autrui et qui

(1) V. M. HARRINGTON, *Other America : Poverty in the United States*, Mac Millan, New-York, 1962.

reçoit une rémunération. Ainsi entrent dans cette catégorie les fonctionnaires et le personnel permanent de l'Etat, les employés, les travailleurs à domicile, les voyageurs de commerce, les domestiques, etc.

2) Les non-salariés, qui comprennent les personnes travaillant pour leur propre compte, c'est-à-dire les travailleurs indépendants. Ils exercent leur activité dans des conditions extrêmement diverses: artistes et écrivains, artisans, commerçants, industriels, agriculteurs, etc.

Au sens étroit, le mot "travailleur" provient du droit du travail. A l'origine il ne s'appliquait qu'aux travailleurs salariés, de la manière la plus restrictive, en désignant seulement ceux qui étaient liés à un employeur par un contrat de travail, à l'exclusion de tout autre contrat.

Le droit des assurances sociales, qui était un élément du droit du travail et une législation propre aux salariés, donnait le même sens au terme de travailleur. Le contrat de travail fournissait une base juridique pour un régime de protection sociale, qui pouvait être considéré comme une conséquence de l'existence de ce contrat. Un élargissement rapide du sens de ce terme a été réalisé par le droit de la Sécurité sociale, depuis que ce droit a cessé de former une branche du droit du travail.

Le terme "travailleur" peut être employé, dans la Sécurité sociale, pour toutes personnes qui exercent une activité, dans la mesure où elles ne peuvent pas être qualifiées comme des employeurs.

§ 2. — LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS PAR LA SÉCURITÉ SOCIALE.

Les travailleurs ont toujours été, dans leur majorité, victimes des risques sociaux et écrasés sous le fardeau des charges familiales, en raison de leur absence d'économies, leur insécurité de l'emploi, et leur vulnérabilité à la misère. La protection des salariés fut le point de départ des premières assurances sociales, et la protection des travailleurs dans leur ensemble constitue l'objet principal de la Sécurité sociale actuelle. Cette protection est donnée par l'ensemble des garanties fournies par la Sécurité sociale, qu'on peut diviser en trois groupes :

1) Garantie contre les risques physiologiques auxquels tout être humain est exposé : la maladie et l'accident non-professionnel, la maternité, l'invalidité, la vieillesse et le décès.

2) Garantie contre les risques professionnels auxquels les travailleurs seuls sont exposés : les accidents du travail et les maladies professionnelles, le chômage. C'est la protection directe et principale du travailleur. Il faut toutefois constater que la protection des travailleurs indépendants, une conséquence de la généralisation de

la Sécurité sociale, est un phénomène récent qui pose des problèmes même dans le cas des risques physiologiques. On peut citer, à titre d'exemple, l'absence d'une contribution d'employeur et les difficultés d'évaluation des indemnités journalières de ces travailleurs en cas d'interruption du travail.

3) Garantie contre les charges de famille (charges sociales), en attribuant au travailleur différentes allocations parmi lesquelles les allocations pour les enfants sont les plus importants.

Le but de l'ensemble de ces garanties consiste à :

1. Protéger la santé du travailleur et, par conséquent sa capacité de travail, par des mesures préventives et curatives;
2. Indemniser les conséquences pécuniaires de toute interruption de gain, provisoire ou permanente;
3. Rééduquer la victime d'accident inapte à exercer sa profession, ou la réadapter à l'exercer au cas de besoin;
4. Compenser les charges de sa famille.

CHAPITRE II

EVOLUTION HISTORIQUE

SECTION I. — Evolution dans le monde

Pour étudier et illustrer l'évolution historique de l'idée de la Sécurité sociale, il faut tenir compte des trois étapes suivantes :

1. Application des différents procédés de la prévoyance individuelle et collective contre les risques de l'existence au cours du 19ème siècle dans l'Europe industrielle, où le prolétariat avait fait son apparition sous la forme d'une classe nombreuse et économiquement faible.
2. Invention du système des assurances sociales obligatoires des travailleurs, vers la fin du 19ème siècle.
3. Formation de la conception nouvelle de la Sécurité sociale, depuis 1935 (loi américaine sur la Sécurité sociale).

§ 1. — PROCÉDÉS DE LA PRÉVOYANCE INDIVIDUELLE ET COLLECTIVE AU XIXÈME SIÈCLE

a) L'épargne

La prévoyance individuelle, ou l'épargne, était un moyen pour l'individu de se protéger contre les risques sociaux. Les caisses d'épargne, au cours du 19ème siècle, ont réussi à faire une certaine œuvre d'intérêt social. Mais ce fut un moyen très imparfait de protection contre les risques sociaux. En plus de la raison psychologique, d'après laquelle tout individu n'a pas tendance à sacrifier ses besoins actuels à ses besoins futurs, les travailleurs non qualifiés, vu leurs bas salaires, surtout s'ils avaient une famille nombreuse, étaient pratiquement incapables d'épargner. Pour l'épargnant, il y a aussi le risque de dépréciation monétaire, et c'est une raison d'affaiblissement de l'esprit d'épargne. Enfin, l'épargnant se voit seul à supporter les conséquences des risques auxquels il est exposé à tout moment, avant même que son épargne ait été constituée.

b) La mutualité

C'est un moyen de prévoyance collective qui permet la dispersion des risques entre les membres d'un groupe. C'est là une ancienne méthode d'indemnisation des risques sociaux, datant déjà du Moyen Age.

Les sociétés d'aide mutuelle ont joué un rôle appréciable. Mais elles révèlent aussi certaines insuffisances. Il est possible que la charge des cotisations soit lourde pour les adhérents, si ce sont des travailleurs de très modeste salaire, d'autant plus que le principe de la libre adhésion peut empêcher ces sociétés d'avoir un nombre assez élevé de cotisants et, d'autre part, les amener à grouper les "mauvais risques". Si les cotisations sont faibles, les prestations seront minimes. En se fédérant et en sollicitant l'aide des pouvoirs publics, les sociétés d'aide mutuelle ont réussi à élargir le cercle de leur activité et à diminuer leurs défauts. Mais malgré ces efforts, elles ne sont pas parvenues, comme elles le souhaitaient, à assurer la garantie de risques tels que la vieillesse, le chômage et les maladies de longue durée.

c) L'assurance privée

L'assurance privée est aussi une méthode de prévoyance collective qui fut utilisée à cette époque, afin de faire face aux conséquences des risques que la mutualité s'était montrée incapable de couvrir. Mais l'assurance privée, même sous sa forme la plus avantageuse (comme l'assurance-vie populaire, caractérisée par des primes faibles et fractionnées, ou l'assurance collective qui envisageait l'assurance d'un groupe avec un seul contrat et une seule prime) n'a pu accomplir la tâche qu'on a voulu lui attribuer. D'abord, parce que l'assurance était facultative, ce qui l'empêche d'avoir beaucoup d'adhérents, d'autant plus que le but lucratif des compagnies commerciales d'assurance les oblige toujours à éviter les "mauvais risques". Ensuite, parce que ces compagnies, poursuivant un but commercial, doivent consacrer une grande partie de leurs bénéfices à leur publicité, ce qui augmente le coût de garantie des risques.

d) La responsabilité de l'employeur

Le système de responsabilité du droit commun a été adopté pour la réparation des accidents du travail. Ce système, étant basé sur la faute de l'employeur (l'auteur du dommage), et laissant au travailleur (la victime d'un accident) la charge d'en fournir la preuve — cela très souvent au risque de perdre son emploi — était mal adapté aux conditions d'une indemnisation réelle des accidents du travail. La théorie qui lui succéda renversait l'idée de la faute et la charge de la preuve, et se basait sur deux critères :

1. L'obligation de garantir la sécurité des travailleurs d'après les règles de la responsabilité contractuelle, consistant en une présomption de volonté des parties, sous-entendue dans tous les contrats.

2. L'obligation de garantir la sécurité des travailleurs d'après le "principe du risque professionnel" ou de la "responsabilité du fait des choses". L'employeur est responsable des accidents que provo-

quent ses machines par leur nature, sans qu'il y ait faute, ni de lui ni du travailleur.

Malgré l'utilité de ce dernier critère, il s'est montré insuffisant pour assurer convenablement la réparation des accidents du travail; cela à cause de la limitation apportée à l'étendue de la réparation, en contrepartie de l'acceptation de ce critère par l'employeur, et de l'insolvabilité des petits employeurs en cas de graves accidents. Pour parer à ces inconvénients, la responsabilité des employeurs fut assumée par les compagnies d'assurance. Mais elles avaient souvent tendance à résister aux demandes de réparation et à ne payer qu'une réparation symbolique.

Enfin, il faut mentionner le rôle qu'ont essayé de jouer les conventions collectives de travail dans le but de contribuer à la sécurité sociale des travailleurs, ainsi que le rôle indirect de l'assistance privée et de son complément, l'assistance publique.

§ 2. — L'INVENTION DU SYSTÈME DES ASSURANCES SOCIALES OBLIGATOIRES DES TRAVAILLEURS VERS LA FIN DU XIXÈME SIÈCLE.

L'inefficacité et l'insuffisance des méthodes employées contre les conséquences des risques sociaux, ont amené les Etats à inventer les méthodes modernes de garantie des risques sociaux.

Les premiers régimes d'assurance sociale apparurent en Allemagne: ce furent successivement, en 1883 l'assurance-maladie obligatoire, en 1884 l'assurance contre les accidents du travail, et en 1889 l'assurance-vieillesse et invalidité. Outre l'inefficacité des procédés classiques, les événements économiques et politiques du pays ont joué également un grand rôle dans ces créations allemandes. L'ampleur foudroyante qu'avait prise le machinisme en Allemagne, dans la deuxième moitié du 19ème siècle, avait constitué un grand prolétariat urbain influencé par le socialisme de Ferdinand Lassalle. Atteint d'une crise économique et de chômage en 1874, et cette fois sous l'influence plus profonde de l'inspiration marxiste, le prolétariat allemand se développait rapidement dans la voie du socialisme. Pour entraver ce développement rapide, Bismark recourut à deux moyens: des mesures de répression, et des mesures de réforme sociale. Ces dernières furent prises dans le but de détourner les ouvriers du socialisme et de les attacher à l'Etat.

La création de cette œuvre, unique en son genre, fut d'ailleurs favorisée par un courant d'idées de l'époque, préconisant l'intervention de l'Etat dans le domaine social et économique et l'exécution d'une redistribution des revenus entre les citoyens au moyen de l'impôt, ainsi que par l'influence de la tradition prussienne de l'Etat autoritaire et paternaliste, et l'observation peu rigoureuse par l'Etat allemand de la doctrine du libéralisme économique.

Le système allemand d'assurance sociale inspira bientôt les

autres Etats d'Europe, en même temps qu'il évoluait dans le sens de l'élargissement de son champ d'application quant aux personnes protégées et aux risques couverts. Ce développement continua jusqu'aux années précédant la deuxième guerre mondiale, et il fut accentué par les activités de l'Organisation internationale du Travail, après la guerre de 1914-18.

§ 3. — LA FORMATION DE LA CONCEPTION NOUVELLE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

C'est dans la loi américaine de Sécurité sociale (Social Security Act), du 14 août 1935, qu'est employé pour la première fois le terme de Sécurité sociale. Bien que limitée aux risques de chômage et de vieillesse, l'idée d'une organisation d'ensemble pour la couverture de tous les risques sociaux peut être pressentie dans cette loi.

Cette idée se dégage nettement du rapport Beveridge (1942) sur la Sécurité sociale en Angleterre. Ce rapport constitue un schéma complet de la conception moderne de la Sécurité sociale dans les pays à économie libérale. Il prévoit l'unification de toutes les institutions qui concourent à la Sécurité sociale sous une autorité unique, et l'extension de la sécurité sociale à tous les citoyens, pour tous les risques sociaux.

Le "plan Beveridge" a exercé une influence sur les législations nationales. Le triomphe de la conception nouvelle de la Sécurité sociale présentée par ce plan a été favorisé à la suite d'un mouvement international au cours de la deuxième guerre mondiale, mouvement qui a débuté par la Charte de l'Atlantique (1941) ⁽¹⁾ et les travaux de la 26ème session de la Conférence internationale du Travail, (Philadelphie, 1944) ⁽²⁾.

SECTION II. — Développement en Suisse

La Sécurité sociale en Suisse a suivi les mêmes étapes d'évolution que dans les autres Etats de l'Europe industrielle du XIXème siècle. Elle commença tout d'abord par l'intervention des législations cantonales dans le domaine des sociétés de secours mutuel. Débutant par de simples mesures de police, ces législations réalisèrent des progrès importants en prescrivant la création de caisses-maladie pour les personnes en séjour (loi saint-galloise du 10 janvier 1885 et décret appenzellois du 22 mars 1887), et en accordant le concours de l'Etat sous la forme d'une subvention annuelle aux caisses-maladie

(1) V. *Rev. intern. trav.*, XLV, no. 1, janv. 1942, p. 23.

(2) V. *Sécurité sociale : ses principes ; les problèmes qui se posent à la suite de la guerre*, B.I.T., Montréal, 1944; cf. aussi *Rev. intern. trav.*, L, no. 1, juil. 1944, p. 42-45; P. DURAND, *op. cit.*, p. 114-117.

(loi genevoise du 27 mai 1903).

La responsabilité civile de l'employeur a été introduite en droit suisse par la loi fédérale du 1^{er} janvier 1875, sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur dans les cas d'accidents entraînant mort d'homme ou lésions corporelles. Mais la loi la plus importante dans ce domaine est la loi du 23 mars 1877 sur le travail dans les fabriques, dont l'article 5 est consacré à la responsabilité causale de l'employeur. Cet article fut remplacé par la suite par la loi du 25 juin 1881 sur la responsabilité civile des fabricants, et la loi complémentaire du 26 avril 1887 sur l'extension de cette responsabilité. Ces lois apparurent insuffisantes, même jointes à l'assurance contre la responsabilité civile des employeurs, et à l'assurance collective des ouvriers contre les accidents (1).

Sous l'influence de la législation allemande, qui avait introduit à cette époque les assurances obligatoires contre la maladie et les accidents du travail en faveur de nombreuses catégories d'ouvriers, le gouvernement helvétique cherchait à réaliser ces mêmes idées en Suisse. A cette occasion, l'article 34 bis de la Constitution, adopté par les Chambres, et ensuite ratifié par le peuple suisse, le 26 octobre 1890, accorda au Conseil fédéral la compétence de légiférer en matière d'assurance-maladie et d'assurance-accidents, en tenant compte des caisses de secours existantes.

La première utilisation de cette compétence (Lex Forrer) (2), sur l'assurance en cas de maladie et d'accident (les deux de caractère généralisé et obligatoire), fut rejetée en référendum populaire le 20 mai 1900. Une partie de cette loi, traitant de l'assurance militaire, dont le projet avait été élaboré par le Conseil fédéral lui-même et qui n'avait pas été combattue dans la votation référendaire, fut reprise indépendamment, le 25 juin 1901, sous le titre de loi fédérale sur l'assurance militaire (qui a été remplacée ultérieurement par la loi fédérale du même titre, du 20 septembre 1949).

Une seconde fois, la loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents fut adoptée par les Chambres, le 13 juin 1911, et sanctionnée par le peuple suisse le 4 février 1912. Dans cette nouvelle loi, l'assurance-maladie n'était plus obligatoire sur le plan fédéral. L'Etat se bornait à déléguer aux cantons la compétence d'instituer l'assurance-maladie obligatoire, ou de céder cette compétence à leurs communes (art. 2). Il encourageait aussi cette assurance en subventionnant, sous certaines conditions, les caisses de secours existantes et les caisses publiques qui seraient créées par les cantons.

(1) V. *Exposé historique des assurances sociales en Suisse*, p. 623, in *La Suisse économique et sociale*, 1927, vol. 1.

(2) La loi est au nom de M. Louis FORRER, Conseiller national qui fut chargé par le Département de l'Industrie, en 1891, d'élaborer des projets de loi en exécution de l'art. 34 bis de la Constitution.

L'assurance-accidents, par contre, conservait le caractère obligatoire. Elle s'étendait aux accidents professionnels et aussi non-professionnels — ce qui constituait une nouveauté hardie qui est restée jusqu'aujourd'hui unique en son genre. Elle a été complétée par la loi fédérale du 18 juin 1915, édictée pour faciliter le passage de l'assurance-responsabilité civile privée à l'assurance obligatoire contre les accidents. Après avoir fait l'objet de quelques révisions au cours des années, la loi de 1911 constitue la loi actuelle sur l'assurance en cas de maladie et d'accident (LAMA).

Pendant plusieurs années, le législateur fédéral fut fort occupé par l'introduction de l'assurance-maladie et accidents. Ce fut seulement le 21 juin 1919 que le Conseil fédéral déposa un message à l'appui d'un projet de révision constitutionnelle attribuant à la Confédération le droit de légiférer sur l'assurance vieillesse et survivants, et ultérieurement sur l'assurance-invalidité. Ce projet, devenu l'article 34 quater de la Constitution fédérale, et approuvé par le peuple suisse le 6 décembre 1925, accorda au gouvernement fédéral le droit de légiférer sur ces trois branches d'assurances. Le premier projet de loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (Lex Schultess), caractérisé par des cotisations et des rentes uniformes, fut rejeté en scrutin populaire le 6 décembre 1931. Après quelques années d'inactivité, suivies par quatre initiatives cantonales⁽¹⁾ et une initiative populaire visant à la réalisation de l'assurance-vieillesse et survivants, et après la reprise des travaux parlementaires basés sur le rapport d'une commission fédérale d'experts, le deuxième projet de loi fédérale fut présenté aux Chambres le 24 mai 1946. Ce projet reprenait les systèmes d'administration et de financement du régime des allocations pour perte de salaire et de gain (APG 1939-40)⁽²⁾.

Adopté par les Chambres, et après la votation populaire positive du 6 juillet 1947, il entra en vigueur le 1^{er} janvier 1948. Cette loi (LAVS) a fait jusqu'ici l'objet de six révisions au cours des années⁽³⁾. Elle est du caractère généralisé et obligatoire qui correspond à la conception nouvelle de la Sécurité sociale.

Quant à l'assurance-invalidité, qui devait être créée après l'assurance-vieillesse et survivants, et sur la même base constitutionnelle, c'est seulement le 19 juin 1959 qu'une loi fédérale sur l'assu-

(1) Les initiatives des cantons de Genève et Neuchâtel (1941), de Berne et Argovie (1943). V. *Mess. féd. du 24 mai 1946, relatif à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants*, FF, 1946, vol. II, p. 355-356.

(2) Ce régime, en apparence provisoire, qui fut établi pour compenser, par ses allocations, la perte de salaire des travailleurs faisant du service militaire actif devint, en effet, le régime qui ouvrit la voie à l'évolution future des assurances sociales en Suisse, v., à ce propos, *Les 25 ans des caisses de compensation*, RCC, 1965, p. 66 et s., 118 et s.

(3) V. *L'AVS de 1948 à 1964*, RCC, 1964, p. 132.

rance-invalidité (LAI), elle aussi de caractère obligatoire et général, a été adoptée. Avant l'entrée en vigueur de cette loi (le 1er janvier 1960), la protection des invalides en Suisse était assurée par les différentes institutions publiques et privées (*Pro Infirmis*), et de quelques assurances cantonales d'invalidité (1). Cette protection était incomplète, et l'absence d'un régime fédéral en ce domaine constituait une grande lacune dans le système suisse d'assurances sociales.

Pour une autre branche d'assurance sociale, qui est l'assurance chômage, il faut remonter en Suisse à la fin du XIX^{ème} siècle. C'est, en effet, en 1893 que le parti socialiste suisse et la société suisse du Grütli, dans une demande d'initiative constitutionnelle tendant à reconnaître à chaque citoyen suisse le droit au travail, préconisèrent une assurance publique des travailleurs contre les suites d'un manque de travail (2). Cette initiative fut rejetée par le peuple suisse.

L'intervention du législateur fédéral dans le domaine de l'assurance-chômage commença par l'encouragement, par la Confédération, du service de placement (arrêté fédéral du 29 octobre 1909). La guerre de 1914 suscita un grand effort du gouvernement suisse pour instituer une assistance aux chômeurs, en même temps que pour subventionner les caisses d'assurance-chômage. Le chômage ayant diminué (en 1924), la Confédération supprima l'assistance aux chômeurs, mais généralisa ses subventions aux caisses de chômage (Loi fédérale du 17 octobre 1924). Cette dernière loi s'étant révélée insuffisante pendant la deuxième guerre mondiale, un arrêté du Conseil fédéral du 14 juillet 1942, fondé sur les pleins pouvoirs, créa une assurance-chômage fédérale dont la base constitutionnelle fut votée le 6 juillet 1947. Cet arrêté du Conseil fédéral fut remplacé par la loi fédérale du 22 juin 1951, révisée le 20 mars 1959. L'assurance-chômage, introduite par cette loi, n'est toutefois pas une assurance fédérale obligatoire. Le droit de la déclarer obligatoire est en général réservé aux cantons (art. 4, al. 2).

Pour compléter le système d'assurances sociales en Suisse, l'article 34 quinquies de la Constitution fédérale, du 25 novembre 1945, accorde à la Confédération la compétence de légiférer en matière d'allocations familiales et d'assurance-maternité. La Confédération n'a pas encore utilisé cette compétence pour édicter un système général d'assurance-maternité. Elle en a usé partiellement pour édicter la loi du 20 juin 1952 sur le service d'allocations familiales aux travailleurs agricoles et aux "petits paysans". Les travaux préparatoires d'un système général d'allocations familiales sont en cours.

(1) V. *L'aide aux invalides dans les cantons avant l'entrée en vigueur de l'AI*, RCC, 1960, p. 170-192.

(2) V. *Exposé historique de la réglementation du travail en Suisse*, p. 463 et s., in *La Suisse économique et sociale*, 1927, vol. 1.

SECTION II. — Développement en France

La Sécurité sociale des travailleurs en France, suivant le rythme d'évolution sociale de l'Europe industrielle du XIX^{ème} siècle, procédait du mutualisme, du principe de la responsabilité de l'employeur, et de l'assistance publique. La loi du 29 juin 1894 et celle du 21 juillet 1909 rendaient obligatoires les régimes de prévoyance et de retraite des ouvriers mineurs et des cheminots. La loi du 5 avril 1910, sur les retraites ouvrières et paysannes, établit un régime d'assurance-vieillesse pour tous les salariés, mais elle resta pour la majeure partie inappliquée. Ensuite, de nombreux régimes ont été refondus ou créés par différentes lois. Le principe de la responsabilité de l'employeur, écartant la notion de faute, est introduit dans la législation française par la loi du 9 avril 1898.

Le retour de l'Alsace-Lorraine à la France, après la première guerre mondiale, introduisit dans le territoire français les régimes d'assurance sociale obligatoire du système allemand. La législation française, qui avait résisté jusqu'à lors à l'influence du système allemand d'assurance sociale, non seulement accepta la survivance de ce système en Alsace-Lorraine, mais encore se posa la question de son extension. Les lois du 5 avril 1928, du 5 août 1929 et du 30 avril 1930, instituèrent en France un régime d'assurances sociales des salariés contre la maladie, la maternité, le décès, l'invalidité, et la vieillesse.

En dehors de l'influence du système allemand, le législateur français établit un régime d'allocations familiales obligatoire pour le commerce et l'industrie, par la loi du 31 mars 1932.

Enfin, une série de lois dont la dernière est celle du 1^{er} juillet 1938 étendit progressivement à tous les salariés (à l'exception des fonctionnaires qui avaient un système différent) le système de réparation des accidents du travail créé par la loi de 1898. Les maladies professionnelles furent intégrées à son champ d'application par une loi du 25 octobre 1919. Le système reposait, jusqu'à sa réorganisation par la loi du 30 octobre 1949, sur le principe de la responsabilité de l'employeur.

Pendant la guerre de 1939-1945, la législation des assurances sociales en France subit une certaine évolution. Son champ d'application s'élargit, et elle s'écarte un peu des règles strictes de l'assurance (1).

Les souffrances causées par la guerre et par l'occupation, et les circonstances politiques et sociales d'après-guerre en France, y avaient créé une atmosphère favorable à l'instauration d'un régime

(1) La loi du 6 janvier 1942 accorde le droit aux prestations de l'assurance-maladie aux travailleurs salariés, du fait de leur travail et non plus en raison du versement des cotisations.

de Sécurité sociale, en fonction des idées nouvelles qui se dégagèrent de l'évolution sociale du monde⁽¹⁾. Le programme du Conseil national de la résistance comportait la mise en œuvre d'un plan complet de Sécurité sociale. La situation spéciale de la période de la libération permettait d'ailleurs au pouvoir législatif de prendre des mesures rapides, par voie d'ordonnances.

L'ordonnance du 4 octobre 1945 visait à réaliser l'unité administrative des institutions disparates des assurances sociales, et à établir une organisation d'ensemble de la Sécurité sociale. L'article 1er de cette ordonnance statuait la garantie d'une protection aux travailleurs et à leurs familles dans le domaine des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales. Cette protection devait s'étendre ultérieurement à des catégories nouvelles de bénéficiaires et à des risques ou prestations non prévus par les textes en vigueur. Ainsi les structures d'un régime général de Sécurité sociale étaient aménagées par cette ordonnance. Un autre texte de base fut l'ordonnance du 19 octobre 1945. Elle concerne les assurances sociales couvrant les risques de maladie, maternité, invalidité, vieillesse et décès.

Ces deux ordonnances furent suivies par une série de lois. La loi du 22 mai 1946 fixe les bases d'une généralisation progressive de la Sécurité sociale à l'ensemble de la population. La loi du 22 août 1946 étend le champ d'application des allocations familiales, qui avait déjà un domaine très étendu, sur une échelle nationale. La loi du 13 septembre 1946 étend la protection de l'assurance-vieillesse à toute la population. Mais ce fut une extension précipitée, qui souleva des mécontentements et mit en échec l'ensemble du plan de généralisation de la Sécurité sociale projeté par la loi du 22 mai 1946. L'application de la loi du 13 septembre 1946 fut abandonnée l'année suivante. Elle fut remplacée par la loi du 17 janvier 1948, qui créa des régimes autonomes propres aux différentes catégories de non-salariés.

Enfin, la loi du 30 octobre 1946 sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, procède à une réforme de fond dans ce domaine. Elle abandonne le principe de la responsabilité de l'employeur et préconise le caractère social de ces risques, dont la réparation est dorénavant fondée sur le principe de l'assurance

(1) On voit des reflets de ces idées dans le préambule même de la Constitution française du 27 octobre 1946, qui s'exprime ainsi : "... La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique et mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence".

obligatoire. La prévention des risques et la réadaptation professionnelle des victimes d'accidents sont introduites dans ce régime comme deux nouveaux éléments, dont l'importance dépasse celle de la réparation des risques.

Les principes contenus dans ces textes ont été l'objet de corrections ou de développements à maintes reprises, par des lois et des décrets d'application. Ces textes, ainsi complétés, ont été regroupés dans un Code de la Sécurité sociale par le décret du 10 décembre 1965.

La dernière loi importante en matière de Sécurité sociale en France est la loi du 10 juin 1966, relative à l'assurance-maladie et à l'assurance-maternité des travailleurs indépendants des professions non agricoles, c'est-à-dire les artisans, les industriels et commerçants, les membres des professions libérales.

Il convient aussi de parler des ordonnances du 21 août 1967 relatives à la réforme de la Sécurité sociale, adoptées en vertu des pouvoirs spéciaux du gouvernement français. Elles sont au nombre de quatre : la première porte sur l'organisation administrative et financière de la Sécurité sociale, la seconde sur la réforme de l'assurance maladie; la troisième est consacrée aux prestations familiales, et la quatrième traite de la généralisation de l'assurance maladie et maternité. Cette dernière présente la principale innovation de la réforme. Elle étend, en effet, la garantie contre le risque maladie et les charges de la maternité, à titre volontaire, à toutes les personnes résidant en France qui restent encore en dehors de tout système légal de protection et ne relèvent ni du régime général ni des régimes spéciaux.

CHAPITRE III

ETAT ACTUEL DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

SECTION I. — En Suisse

Le terme "Sécurité sociale" n'est pas très connu en Suisse romande. Pourtant le Plan Beveridge, la base du système actuel de la Sécurité sociale dans le monde, fut traduit en français et publié en Suisse, quelques mois seulement après son apparition en Grande-Bretagne; cela, avec les commentaires nécessaires et les interventions et réactions pour et contre dans le monde et en Suisse (1). Mais ce terme n'a jamais fait partie du titre d'une loi ou d'un système suisse de protection sociale. C'est là la raison principale pour laquelle il est moins connu dans ce pays qu'en France.

C'est d'abord en Suisse alémanique que l'emploi de ce terme ("Soziale Sicherheit") a commencé. En Suisse romande, jusqu'à une date récente, il n'y avait que de rares allusions, dans les ouvrages, à la "Sécurité sociale". Depuis 1959, le terme a été employé comme titre dans quelques conventions, relatives aux assurances sociales, entre la Suisse et certains pays d'Europe, (Tchécoslovaquie, 4 juin 1959; Espagne, 22 septembre 1959; République fédérale allemande, 25 février 1964). Pour la première fois, un ouvrage intitulé "La Sécurité sociale en Suisse" fut publié par l'Association internationale de Sécurité sociale (AISS), en 1961. Le même ouvrage complété, et cette fois au nom de son véritable auteur, le Dr. Arnold Saxer, parut en allemand en 1963 ("Die Soziale Sicherheit in der Schweiz") et en français en 1964 ("La Sécurité sociale suisse"). Dans ces ouvrages, ce terme a été employé dans le sens de l'ensemble de mesures législatives prises dans le pays, dont l'objet est la protection de la population (certaines classes d'entre elle, ou tout entière) contre les conséquences des risques sociaux. C'est à peu près le sens qu'on donne actuellement à la Sécurité sociale dans le monde. Le terme, dans ce sens, commence lentement, dans les ouvrages suisses, à remplacer celui de l'assurance sociale (2).

La mise sur pied des assurances sociales, bien qu'amorcée très tôt en Suisse, n'a pas atteint un développement aussi grand et rapide que dans d'autres pays. Elles relèvent de lois hétérogènes et d'institu-

(1) V. Edgar MILHAUD, *Le plan Beveridge*, 1943.

(2) On peut citer comme exemple l'article de M. Alex. BERENSTEIN: *Les rapports de l'employeur avec la Sécurité sociale à l'occasion des accidents du travail et des maladies professionnelles*, SZSV, 1964, p. 89-114.

tions disparates. Elles ne sont pas généralisées, sauf dans le cas de l'assurance-vieillesse et de l'assurance-invalidité. L'assurance-maternité n'existe pas encore. Le régime d'allocations familiales, base de la politique de redistribution du revenu national, n'est pas fédéral, sauf dans le cas des travailleurs agricoles et des "petits paysans" (1). L'assurance-maladie fédérale est de caractère facultatif.

Mais, pour mieux comprendre l'état actuel de la Sécurité sociale en Suisse, il faut l'étudier à la lumière des particularités de ce pays. La Suisse est un "Etat fédératif" dans lequel les cantons—"les petits Etats fédérés"—partagent la compétence législative avec l'"Etat central", la Confédération. Les cantons ont même le droit de légiférer dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération, aussi longtemps que celle-ci n'en a pas usé. Les institutions cantonales de la protection des travailleurs contre les risques sociaux ont été souvent des précurseurs des institutions fédérales. Les initiatives de créer ces dernières ont été prises seulement au moment où leur création était considérée comme étant indispensable. Les institutions cantonales restent toujours à côté des institutions fédérales pour les compléter ou, à défaut de celles-ci, pour les remplacer (2). On peut citer, à cet égard, l'existence des régimes cantonaux d'allocations familiales pour les salariés dans tous les cantons suisses. De nombreux cantons ont usé de la compétence que la Confédération leur a attribué pour introduire l'assurance-maladie obligatoire sur leur territoire. La couverture du risque de chômage est aussi obligatoirement assurée par les caisses cantonales et privées reconnues, sur presque tout le territoire suisse.

Il faut aussi tenir compte des institutions issues de l'initiative privée, très prisées en Suisse, qui collaborent avec celles créées par l'Etat (3). En considérant ces particularités, force est d'admettre que la Sécurité sociale en Suisse n'est pas aussi en retard qu'elle le donne à penser à première vue. Surtout, ce retard relatif n'est pas dans le sens d'une protection insuffisante contre les risques sociaux, mais

(1) Loi fédérale du 20 juin 1952, modifiée par les lois fédérales du 20 décembre 1957 et du 16 mars 1962.

(2) V. H.-P. TSCHUDI, *La politique sociale en Suisse et ses problèmes, Revue syndicale suisse*, 1958, p. 105 - 116; et par le même auteur, *Aufgaben und Kompetenzen der Kantone in der Sozialversicherung, SZSV*, 1959, p. 181 - 196.

(3) On peut citer, à cet égard, l'exemple des caisses de pensions (institutions d'assurance et de prévoyance), et le rôle qu'elles ont joué dans la protection des travailleurs contre les risques vieillesse et invalidité, avant et après l'entrée en vigueur des lois sur l'AVS et l'AI (dépenses totales de ces institutions pour l'année 1964 = 1.984.900.000 francs; celles de l'AVS et de l'AI = 1.834.500.000 francs; v. *Annuaire statistique de la Suisse*, 1966, p. 328). Sur les caisses de pensions, v. notamment les troisième et quatrième parties du *Rapport de l'Office fédéral des assurances sociales à la commission fédérale d'experts*, de mars 1946.

plutôt dans l'incohérence et l'hétérogénéité du système, qui est contraire à ce qu'on conçoit d'un système moderne de Sécurité sociale de nos jours (cohérent et centralisé). Ce retard relatif peut être attribué aux motifs suivants :

a. La richesse du pays et le niveau élevé des salaires ont été l'une des causes d'un certain atermoiement et attentisme, qui ont empêché la création accélérée et complète des assurances sociales et de la Sécurité sociale.

b. Le système référendaire et la démocratie directe ont été une cause du retard apporté à la mise en œuvre de lois sur les assurances sociales en Suisse (1).

c. Le partage de compétence législative entre la Confédération et les cantons a été une autre cause de ce retard. Il exige, en effet, la longue procédure d'attribution de la compétence de légiférer à la Confédération, comme première étape de chaque nouvelle législation fédérale qui ne relève pas déjà de sa compétence. Encore faut-il que cette attribution soit approuvée par un scrutin populaire.

d. L'interprétation extensive de la liberté du commerce et de l'industrie prédominant en Suisse, et une certaine hostilité à la contrainte dans l'organisation de la vie sociale, n'ont jamais facilité l'intervention de l'Etat lorsqu'il voulait établir des régimes obligatoires d'assurances sociales des travailleurs. En liaison avec ce facteur, la conception de laisser le soin de l'assurance à l'initiative privée, était un obstacle pour le développement des assurances sociales.

e. Le principe de libre exercice de la médecine, fortement appuyé par les syndicats des médecins, a été l'obstacle majeur qui a empêché les autorités suisses d'établir une assurance-maladie obligatoire sur le plan fédéral.

f. Les régimes des assurances sociales et la Sécurité sociale ont fait leur "bond en avant" après les deux guerres mondiales. La Suisse n'a miraculeusement pas été victime de la guerre, et n'a pas ressenti le même besoin de créer les assurances sociales. Cela ne l'a pourtant pas empêchée d'être influencée par l'élan d'après-guerre pour la "reconstruction" (2).

SECTION II. — En France

Le système français de Sécurité sociale reflète des tendances de modernisation. L'ordonnance du 4 octobre 1945 et la loi du 22

(1) Par ces propos nous n'avons nullement l'intention de critiquer le système suisse de la démocratie directe. Nous voulons simplement rappeler le rejet par le peuple suisse des "*Lex Forrer*" et "*Lex Schultess*" en 1900 et 1931.

(2) V. Edwin SCHWEINGRUBER, *Sozialgesetzgebung der Schweiz*, Zurich, 1955, Vorwort.

mai 1946 posaient respectivement les principes de l'unification administrative et de la généralisation de la Sécurité sociale. Mais la réalisation de ces principes n'a pas atteint un plein succès. L'unité du système français est incomplète.

A côté du régime général de Sécurité sociale—qui englobe les assurances sociales des salariés (maladie, maternité, invalidité, vieillesse, décès), les allocations familiales, la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles—il y a de nombreux régimes spéciaux. De plus, l'agriculture est exclue du régime général et jouit d'un régime complètement distinct. A l'intérieur même du régime général, les caisses d'allocations familiales ont repris leur autonomie (loi du 21 février 1949), ce qui a été dû à l'hostilité des milieux familiaux au principe de caisse unique posé par l'ordonnance du 4 octobre 1945.

En dehors du régime général de Sécurité sociale et des régimes spéciaux, un régime d'assistance publique, dénommé "l'aide sociale", existe en France pour les gens qui ne disposent pas de ressources suffisantes, après examen de leur situation financière.

La généralisation de la Sécurité sociale à l'ensemble de la population n'a pas pu être réalisée avant 1967 (1), sauf dans le cas des allocations familiales (loi du 22 août 1946), ainsi que d'une allocation supplémentaire de vieillesse (loi du 30 juin 1956, art. 84 et s. du Code de la Sécurité sociale).

Les assurances sociales du régime général ont été étendues, au cours des années 1947-1950, aux fonctionnaires, aux étudiants, aux militaires de carrières, aux écrivains non salariés, et aux invalides de guerre.

L'indemnisation des risques s'est développé dans le système français de Sécurité sociale. Une assurance de longue maladie a été créée, et la couverture de l'assurance-maladie a été étendue à trois années. La prévention des risques, ainsi que la réadaptation au travail des malades et des invalides, ont pris un grand essor dans le régime général.

Le système français, influencé par une situation démographique particulière qui a été la préoccupation de ce pays pendant de nombreuses années, a donné un grand développement aux prestations familiales. Les dernières créations de ce système sont l'"allocation de la mère au foyer" pour les professions indépendantes(2), le symétrique de l'allocation de salaire unique(3), et de l'"allocation d'éducation spécialisée pour les mineurs infirmes"(4).

(1) V. *supra*, p.19.

(2) L'article 535 - 1 CSS (décr. 27 septembre 1958).

(3) L'allocation pour les foyers où il ne rentre qu'un seul salaire; art. 533 CSS (loi du 23 déc. 1960, art. 87).

(4) L'article 543 - 1 CSS (loi du 31 juillet 1963).

Par contre, le chômage n'est pas couvert par le régime général, et cela à cause de la situation économique particulière de la France qui n'a pas encore sérieusement souffert du chômage. Ce régime s'écarte ainsi de la conception moderne de Sécurité sociale dans les pays de régime d'économie libre, qui est dominée par le risque de chômage et la politique du plein-emploi. Un projet de loi sur l'assurance-chômage obligatoire est envisagé par le gouvernement. Il existe actuellement en France un régime d'assistance aux chômeurs.

Les raisons du faible succès dans la réalisation du plan français de Sécurité sociale sont les suivantes :

a. L'économie française, après la guerre, ne pouvait pas supporter les très lourdes tâches financières qu'exige la mise en œuvre d'un plan d'ensemble de la Sécurité sociale.

b. Le refus de certaines catégories de salariés d'être incorporés dans le régime général. Ces salariés ayant leurs propres régimes, bénéficiaient de prestations plus avantageuses que celles du régime général.

c. Le particularisme de l'agriculture, qui a amené le législateur français à l'exclure du régime général. Celle-ci reste donc soumise à un statut différent dans le Code rural(1).

d. Le refus des non-salariés d'être intégrés dans un même régime que les salariés, étant donné surtout qu'ils devaient payer des cotisations qu'ils trouvaient trop élevées. En effet, il ne pouvait y avoir dans leur cas une double cotisation : ouvrière et patronale.

e. L'influence des organisations syndicales de médecins a entraîné le maintien, quoique limité, du principe de libre exercice de la médecine et le système de remboursement des soins. Le régime français d'assurance-maladie est donc très loin d'avoir l'aspect d'un service national de santé.

SECTION III. — La réglementation internationale

La réglementation internationale de la Sécurité sociale est une conséquence nécessaire de l'évolution économique, politique et sociale dans le monde.

L'intensification croissante des mouvements de main-d'œuvre d'un pays à l'autre, en même temps que le développement des législations de Sécurité sociale, ont engendré le problème de la protection sociale des travailleurs migrants. Cela constitue l'une des causes principales de la réglementation internationale de la Sécurité sociale.

Un autre problème qui nécessite une réglementation inter-

(1) Sur la Sécurité sociale dans l'agriculture, v. J. - J. DUPEYROUX, *Sécurité sociale*, 1965, no. 345 et s., et bibliographie citée.

nationale dans ce domaine, est que les lourdes charges des organismes de la Sécurité sociale, sous la forme moderne de ceux-ci en tant que service public, défavorisent, dans la concurrence internationale, l'économie des pays qui possèdent de vastes organisations de Sécurité sociale, par rapport à ceux qui en ont de moins importantes. Cette façon de voir les choses, en même temps qu'une tentative d'égaliser ces charges, peuvent être constatées dans le Traité de Rome, qui prévoit l'harmonisation des structures économiques et financières ainsi que des "régimes sociaux" des pays signataires.

D'autre part, une différence importante des niveaux de protection sociale entre les pays, peut stimuler des mouvements de déplacement des travailleurs qui peuvent être inopportuns. Les efforts déployés par le Conseil de l'Europe en vue de la création de normes européennes, en élaborant un Code européen de Sécurité sociale, font preuve du souci d'écarter cet obstacle à la liberté effective des migrations.

Enfin, l'évolution politique survenue dans le monde après la première guerre mondiale, et manifestée par l'organisation de la Société des Nations, se trouve à l'origine des initiatives de protection sociale des travailleurs sur une échelle mondiale, dont la tâche fut confiée à l'Organisation internationale du Travail (1).

L'O.I.T. a continué de mener cette tâche durant et après la deuxième guerre mondiale, dans une mesure qui dépassait largement le cadre des activités précédentes de cette organisation. En effet, l'état d'esprit favorable aux réformes sociales qui après la première guerre mondiale avait incité l'O.I.T. à une activité dans le cadre des assurances sociales, fut remplacé après la deuxième guerre par une conception plus élevée de la justice sociale, dans le cadre très développé de la Sécurité sociale, et dans un esprit international de plus en plus affirmé (2).

§ 1. — LA PROTECTION SOCIALE DES TRAVAILLEURS MIGRANTS

Pour étudier ce problème nous examinerons brièvement deux questions qui sont :

— La délimitation du champ d'application des législations nationales en matière de Sécurité sociale.

— Le problème de la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition du migrant aux prestations.

(1) Le préambule de la XIII^{ème} partie du Traité de Versailles donne pour mission à l'Organisation internationale du Travail "la protection des travailleurs, contre les maladies, générales ou professionnelles, et les accidents de travail, les pensions de vieillesse et invalidité".

(2) V. *La Déclaration de Philadelphie*, *Rev. intern. trav.*, vol. L, juillet 1944, p. 4-9.

a) La délimitation du champ d'application des législations nationales en matière de Sécurité sociale

Cette délimitation doit être faite en fonction du caractère personnel ou territorial des législations de Sécurité sociale. On entend par là les deux principes sur lesquels sont fondés les législations en matière de Sécurité sociale: le principe de la personnalité du droit aux prestations, qui signifie que le droit aux prestations est un droit personnel attaché à l'exercice d'une activité et surtout au paiement de contributions pendant des périodes déterminées dans un pays donné et devrait en principe être conservé, même hors du territoire national; le principe de la territorialité du droit aux prestations qui attaché ce droit, principalement, à la résidence dans le pays.

Le caractère personnel ou territorial des législations de Sécurité sociale pourrait résulter des facteurs multiples, juridiques, économiques et techniques, qui commandent ces législations (1). Notons à titre d'exemple un facteur technique important. Les régimes d'assurances sociales qui sont influencés par les méthodes d'assurance commerciale lient le droit aux prestations à l'exercice de certaines obligations et au versement des cotisations, d'où naissent des droits d'un caractère nécessairement personnel. Dans les régimes d'assistance sociale, par contre, le droit aux prestations n'est lié qu'à une simple résidence. Il en résulte le caractère territorial de ce droit.

Le développement de la notion de Sécurité sociale est la cause d'un rapprochement de la technique de l'assurance sociale de celle de l'assistance sociale. Ce développement se caractérise par l'extension des régimes de Sécurité sociale à toute la population et l'utilisation, de plus en plus, des fonds publics dans ces régimes. Il a aussi comme conséquence l'élimination des conditions rigoureuses mises à l'ouverture du droit aux prestations, en sorte que la condition principale à l'octroi des prestations devient la résidence dans le pays. Cela conduit au renforcement du principe de la territorialité du droit aux prestations.

Mais de toute manière, le problème posé ne comporte pas une réponse logique et simple. Ainsi certains pays, malgré l'évolution de leur régime de Sécurité sociale, sont restés fortement attachés aux techniques de l'assurance et à la formule de la personnalité qui en résulte. Dans un même pays, des préoccupations plus empiriques que rationnelles ont souvent conduit à l'adoption de l'une et l'autre formules selon la nature des prestations en cause. Sur un plan général, ce sont des pensions de vieillesse et de survivants qui sont restées un domaine plus ou moins réservé à la conception tradition-

(1) V. P. LARQUE, *Problèmes internationaux de sécurité sociale*, *Rev. intern. trav.*, vol. LXVI, juillet et août 1952.

nelle des prestations contributives et personnelles. En revanche, les soins médicaux ont de plus en plus tendance à être fournis gratuitement et directement en nature, et ne peuvent donc avoir qu'un caractère territorial. Il faut toutefois constater qu'un certain nombre de pays (par ex., les pays scandinaves) ont adopté une conception nouvelle du régime de la vieillesse. Dans cette conception, la pension de vieillesse apparaît comme un élément d'une redistribution du revenu national destiné à assurer aux vieillards des conditions décentes d'existence lorsque, du fait de leur âge, ils ne sont plus en mesure de se livrer à une activité rémunératrice normale. Elle est alors attribuée en fonction de la résidence dans le pays. En ce qui concerne les soins médicaux, certaines législations fondées sur le principe de la personnalité garantissent la prise en charge du coût de ces soins. Rien ne s'opposerait donc en principe à ce que les frais des soins reçus à l'étranger soient remboursés par les institutions d'un pays ayant une législation de ce type.

b) Le problème de la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition

Un travailleur qui sort d'un pays pour aller travailler dans un autre pays peut avoir, aux termes de la législation du pays qu'il quitte, des droits acquis ou en cours d'acquisition à certaines prestations de Sécurité sociale. Garantir à un tel travailleur la conservation tant de ses droits acquis que de ceux en cours d'acquisition est conforme à la justice. Cette garantie est aussi souhaitable pour empêcher la création d'un obstacle psychologique aux mouvements de main-d'œuvre d'un pays à l'autre. En effet, les travailleurs pourront hésiter à quitter leur pays par crainte de perdre des avantages acquis.

Pour ce qui est des droits acquis, en principe, les législations fondées sur la notion d'un droit personnel aux prestations doivent permettre au travailleur de conserver ses droits en cas de migration. Mais, dans le cadre même des législations de ce type, d'autres facteurs interviennent pour limiter ou exclure la conservation des droits. C'est ainsi que certains pays, tout en étant attachés au principe de la personnalité du droit aux prestations, subordonnent le versement de certaines prestations à la résidence sur leur territoire. Tel est souvent le cas des pensions de vieillesse, ou lorsque le remboursement du coût des soins médicaux est subordonné à certaines conditions de caractère technique dans un souci d'économie et d'efficacité du service ce qui exclut leur couverture hors du territoire du pays. De plus les droits aux prestations, surtout dans le cas des risques temporaires comme la maladie, la maternité, etc., ne sont conservés que dans la mesure où le bénéficiaire demeure un assuré. Or, on peut imaginer que le migrant demeure sous le régime de son pays

et conserve un lien de créance avec ce dernier auquel il continue à payer ses cotisations. Mais cela présente des difficultés considérables dans la pratique. En premier lieu, l'observation des obligations du migrant envers le régime de son pays n'est concevable que dans le cadre d'une assurance facultative. Les obligations administratives ou financières découlant des législations nationales de Sécurité sociale ne peuvent, en principe, être imposées que dans les limites du territoire national. En second lieu, le migrant est susceptible d'être placé obligatoirement sous le régime du pays d'immigration et être grevé ainsi d'une double charge de cotisations. Le problème se pose de la même façon pour la conservation des droits en cours d'acquisition. Il y a cependant une différence qui tient au fait que l'ouverture du droit aux prestations pourrait dépendre, en plus du versement des cotisations, de l'accomplissement de périodes de résidence ou d'emploi dans le pays. Le migrant qui n'a rempli que partiellement ces conditions se métrait en quittant le pays, dans l'impossibilité de continuer son assurance.

Les législations fondées sur le principe de la territorialité des prestations, refusent en principe tout droit à l'émigrant dès le moment où il a quitté le pays.

La protection sociale du migrant dépend aussi de la législation du pays d'immigration. Cette protection se heurte à des difficultés, surtout lorsque le pays d'émigration et le pays d'immigration appliquent des législations reposant sur des principes différents. L'émigrant d'un pays dont la législation est fondée sur le principe de la personnalité, qui va dans un pays ayant une législation de caractère territorial, aurait droit aux prestations aux termes des législations des deux pays. Il conserve en principe des droits acquis dans le pays quitté et serait aussi couvert, du moment de son arrivée dans le pays d'immigration par la législation de ce pays. Par contre, l'émigrant d'un pays possédant une législation de caractère territorial n'aurait droit à aucune prestation dans un pays dont la législation repose sur le principe de la personnalité. Il perd tous ses droits aux prestations de son pays dès le moment où il le quitte, et doit attendre pendant un certain temps afin de réunir les conditions mises à l'octroi des prestations personnelles du pays d'immigration.

Le problème de la protection sociale du travailleur migrant est aujourd'hui pour une large part résolu. En effet, les conventions internationales s'efforcent de faire disparaître, d'une part, les obstacles que rencontre, dans les législations nationales fondées sur le principe de la personnalité, la conservation des droits acquis (surtout la condition de résidence) et supprimer, d'autre part, les obstacles à l'ouverture du droit aux prestations (lieu de survenance du risque, et nationalité) dans les législations fondées sur le principe de la territorialité; cela de manière toutefois à ce que le migrant ne puisse pas faire un cumul abusif de ses droits. En ce qui concerne les

droits en cours d'acquisition du migrant, la solution à été trouvée dans la totalisation des périodes passées dans le pays d'émigration et dans le pays d'immigration en vue de l'ouverture du droit aux prestations. Mais il faut constater que l'application de cette solution, en apparence simple, rencontre souvent des difficultés considérables.

§ 2. — LES CONVENTIONS BILATÉRALES DE SÉCURITÉ SOCIALE

C'est le type normal de conventions, conclues entre deux Etats, pour régler le problème de la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition. Elles sont fondées sur la confrontation des législations des deux pays contractants, et s'efforcent de définir des solutions adaptées à la technique propre de ces législations. De nombreuses conventions bilatérales ont été conclues entre les Etats, surtout depuis la fin de la guerre de 1939-1945. L'ancienneté de ces conventions remonte à 1906 (convention entre la France et la Belgique sur les accidents du travail). Elles ont été élargies dans leur cadre après la guerre de 1939, de façon qu'elles englobent tous les ressortissants des deux pays contractants au lieu des seuls salariés, et traitent des risques dans leur généralité au lieu d'un risque déterminé.

§ 3. — LES CONVENTIONS MULTILATÉRALES DE SÉCURITÉ SOCIALE

Les conventions multilatérales règlent le sort des individus résidant ou travaillant successivement dans plus de deux pays. Ces conventions revêtent une importance particulière en raison de leur vaste portée économique-sociale et politico-sociale. Les plus anciennes parmi elles sont les conventions régionales des pays de l'Europe du Nord, comme la convention de 1919 entre le Danemark, la Norvège et la Suède, sur la conservation des droits acquis des victimes d'accidents du travail en cas de changement de résidence; et celle de 1937, entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède, concernant la solution du problème des conflits de lois sur la réparation des accidents du travail. Deux autres conventions, celles de 1949 sur les pensions de vieillesse, et de 1951 sur l'assistance, furent aussi conclues entre tous les Etats scandinaves. En 1955, une convention entre ces pays, portant sur toutes les branches de la Sécurité sociale, remplaça les conventions précédentes.

Une convention résultant du Traité de Bruxelles fut conclue le 7 novembre 1949 entre la France, l'Angleterre, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg. Cette convention étend aux ressortissants de l'un quelconque de ces pays les dispositions des accords bilatéraux de Sécurité sociale, conclus entre les autres, et permet de totaliser les périodes d'assurances dans l'un quelconque de ces pays pour la détermination du droit aux prestations.

Une autre convention régionale concernant la Sécurité sociale, et qui mérite d'être signalée, est celle des bateliers du Rhin, conclue

en 1950 entre les dix pays directement intéressés par la navigation sur le Rhin.

Il convient maintenant de mentionner les accords intérimaires de Sécurité sociale adoptés par le comité des ministres du Conseil de l'Europe, le 11 décembre 1953. Ces accords ont été conclus en attendant l'élaboration d'un Code européen de Sécurité sociale, devant être établi avec l'aide de l'O.I.T. pour les 18 pays membres du Conseil de l'Europe. Ils sont relatifs aux différentes branches de la Sécurité sociale. Leurs dispositions essentielles sont l'octroi de prestations non contributives aux ressortissants de tous les pays membres, sous la condition de résidence, et la garantie du bénéfice des conventions bilatérales et multilatérales conclues ou à conclure entre les pays membres.

Le Code européen de Sécurité sociale a été élaboré et soumis aux Etats membres du Conseil de l'Europe à partir du 16 avril 1964. Les articles du Code correspondent à ceux de la convention no. 102 de l'O.I.T., mais avec des normes plus élevées. On peut voir dans l'élaboration du Code un essai d'égalisation des dépenses sociales des pays membres, dans un but tant économique que social.

Le traité de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (C.E.C.A.), du 18 avril 1951, signé entre la France, la Belgique, les Pays-Bas, l'Italie, la République fédérale d'Allemagne et le Luxembourg, prévoyait dans son article 69 une harmonisation de la Sécurité sociale, dans le but de faciliter les mouvements de main-d'œuvre migrante des six Etats membres de cette Communauté. Les clauses du projet de Code européen de Sécurité sociale sur la Sécurité sociale des travailleurs migrants devaient être appliquées à cette fin.

Le Traité de Rome du 20 mars 1957, concernant le Marché Commun, et conclu par les mêmes pays susmentionnés, dans lequel devait s'intégrer ultérieurement la C.E.C.A., traite d'une manière très large la question de la Sécurité sociale. Il envisage une harmonisation des législations sociales des pays membres. Cette harmonisation, dans la mesure où elle touche la Sécurité sociale, comporte un but plus économique que social (1).

§ 4. — LES CONVENTIONS BILATÉRALES ENTRE LA SUISSE ET LA FRANCE

Sous cette rubrique, il faut tout d'abord parler d'un arrangement de réciprocité entre la Suisse et la France, conclu le 19 juin 1933, concernant l'assistance aux chômeurs des deux pays. La Suisse a conclu cet arrangement avec la France ainsi qu'avec plusieurs autres Etats européens, selon l'article 3 de la convention no. 2 (1919) de l'O.I.T., après avoir ratifié cette convention.

(1) V. *Les archives internationales contemporaines "PHAROS"*, fasc. no. 431, 1957, doc., no. 1327, p. 6.

Mais l'accord le plus important entre les deux pays est la convention du 9 juillet 1949. Dans le cadre de 16 conventions bilatérales liant la Suisse notamment à tous les Etats du Marché Commun et à ceux de l'Association européenne de libre échange (à l'exception du Portugal et de la Norvège), la convention du 9 juillet 1949 avec la France est la plus ancienne. Les objectifs principaux de cette convention sont :

1. Assurer dans la plus large mesure l'égalité de traitement entre les ressortissants des deux pays;

2. Régler la question des droits acquis ou en cours d'acquisition.

Cette convention a pour objet l'assurance-vieillesse et survivants. Elle est complétée par des protocoles dont l'un (protocole général) traite aussi de l'assurance-accidents. En effet, la Suisse, vu ses particularités⁽¹⁾ ne peut conclure un accord complet de réciprocité avec un autre pays que dans la mesure où elle possède un régime obligatoire et valable sur tout le territoire fédéral. Or, à cette époque, l'AVS et l'assurance-accidents et maladies professionnelles étaient les seules branches d'assurance qui correspondaient à cette exigence⁽²⁾.

L'attitude de la Suisse dans la convention avec la France est marquée par deux prises de position catégoriques :

1. Imposer à tout prix le principe d'assurance facultative pour les ressortissants suisses résidant à l'étranger (art. 2 LAVS, art. 7 de la convention).

2. Rejeter le principe de la totalisation des périodes d'assurance accomplies dans les deux pays, sans s'opposer pour autant à une totalisation unilatérale de ces périodes par l'autre Etat contractant.

L'égalité de traitement est accordée, sous certaines conditions, aux ressortissants des deux pays où ils peuvent bénéficier, dans les mêmes conditions, des législations applicables dans l'un ou dans l'autre pays (art. 1). Les versements des rentes peuvent être effectués dans n'importe quel pays choisi comme domicile par les bénéficiaires (art. 5 et 6). Les cotisations qui n'ont pas abouti à une rente seront remboursées à l'assuré (art. 5, lettre d et art. 6).

Cette convention est dépassée à notre époque et a besoin

(1) V. *supra*, p. 21.

(2) La solution adoptée par la Suisse pour la couverture des accidents non professionnels n'a été retenue par aucun de ses partenaires. Dans les conventions les plus récentes, elle est remplacée par la protection résultant de l'assurance-maladie. V. *Mess. féd.*, concernant la convention germano-suisse, du 28 mai 1965, FF, 1965, vol. 1, p. 1619 et 1654; cf., dans le même sens, *Mess. féd.*, concernant la convention italo-suisse, du 4 mars 1963, FF, 1963, vol. 1, p. 641 et 642.

d'être révisée. D'une part, certains avantages accordés aux ressortissants français, qui dérogeaient à l'AVS telle qu'elle était à l'époque de la conclusion de cette convention, peuvent résulter actuellement du texte même de la loi à la suite des révisions de celle-ci, survenues de 1949 à nos jours. Ainsi, l'art. 18, 3ème al., LAVS, révisé, pose la base du remboursement aux étrangers et aux apatrides des cotisations versées à l'AVS. L'art. 40 LAVS, qui prévoyait la réduction du tiers des rentes ordinaires accordées aux étrangers, et qui avait été supprimé par l'art. 5, lettre a, de la convention, est abrogé. D'autre part, l'assurance invalidité n'y est pas insérée. Il y a, en outre, des conventions avec des conditions plus avantageuses conclues après 1960 par la Suisse avec d'autres Etats européens. Par exemple dans les conventions yougoslavo-suisse 1962, italo-suisse 1962, et germano-suisse 1965, la condition de 5 à 10 ans de cotisations pour avoir droit à une rente ordinaire est supprimée, et les ressortissants de ces Etats peuvent, comme les citoyens suisses, prétendre à une rente ordinaire après une seule année de cotisations.

Il nous faut mentionner enfin deux accords partiels entre la Suisse et la France, l'un concernant les allocations familiales d'exploitants vaudois de terres françaises (24 septembre 1958), l'autre relatif aux allocations familiales aux frontaliers à la frontière franco-genevoise (16 avril 1959).

SECTION IV. — **Les conventions de l'Organisation internationale du Travail**

§ 1. — LES CONVENTIONS D'AVANT LA GUERRE DE 1939

Ces conventions s'inspirent de la notion d'assurance sociale proprement dite. Elles concernent certaines catégories de travailleurs et certains risques. On peut les énumérer dans l'ordre chronologique suivant (1).

- Convention no. 2 (1919), sur l'égalité de traitement entre les travailleurs nationaux et étrangers en cas de chômage, votée dans la première session de la Conférence internationale du Travail tenue à Washington.
- Convention no. 12 (1921), concernant la réparation des accidents du travail dans l'agriculture.
- Conventions nos. 17, 18 et 19 (1925), respectivement sur la réparation des accidents du travail, la réparation des maladies professionnelles et l'égalité de traitement des travailleurs nationaux et étrangers en matière de réparation des accidents du travail.

(1) V. *L'Organisation internationale du Travail et les assurances sociales*, Etudes et doc., série M, no. 12, 1936.

- Conventions nos. 24 et 25 (1927), respectivement sur l'assurance-maladie obligatoire des travailleurs de l'industrie, du commerce et des gens de maison, et sur l'assurance-maladie des travailleurs agricoles.
- Conventions nos. 35 et 36 (1933), sur l'assurance-vieillesse, relatives, la première, aux salariés des entreprises industrielles et commerciales, des professions libérales, ainsi qu'aux travailleurs à domicile et aux gens de maison; et la deuxième, aux salariés agricoles. La même année, furent adoptées, pour ces mêmes groupes de salariés, les conventions nos. 37 et 38 sur l'assurance-invalidité, et les conventions nos. 39 et 40 sur l'assurance-décès.
- Convention no. 42 (1934), sur la réparation des maladies professionnelles (une révision de la convention no. 18), et la convention no. 44 (la même année), concernant l'assurance-chômage et les diverses formes d'assistance aux chômeurs.
- Convention no. 48 (1935), concernant l'établissement d'un régime international de conservation des droits dans l'assurance-invalidité, vieillesse, décès.
- Conventions nos. 55 et 56 (1936), sur l'assurance-maladie des gens de mer.

Il faut ajouter à cette liste plusieurs recommandations qui furent élaborées par l'O.I.T., pendant cette période (1).

Au cours de la guerre de 1939, l'activité de l'O.I.T. aboutit à l'adoption de deux recommandations : nos. 67 sur la garantie des moyens d'existence, et 69 sur les soins médicaux (26ème session de la Confér. intern. trav., Philadelphie, 1944). Ces recommandations donnent une expression concrète au nouveau concept de "Sécurité sociale" qui se dessinait à cette époque. Elles envisagent le problème de la Sécurité sociale dans son ensemble, ce qui les différencie des conventions et recommandations d'avant-guerre, qui chacune ne concernait qu'une seule branche de l'indemnisation des risques sociaux.

§ 2.— L'ACTIVITÉ DE L'O.I.T. APRÈS LA GUERRE DE 1939

Le développement rapide de la Sécurité sociale après la guerre fit apparaître la nécessité d'une révision des anciennes conventions de l'O.I.T. L'élaboration d'une convention sur les objectifs et normes de la Sécurité sociale, qui tient compte des progrès réalisés ainsi que des nouvelles conceptions internationales dans ce domaine, fut commencée à la 34ème session de la C.I.T. (Genève, 1951). Le projet de cette convention, préparé par le B.I.T. fut soumis à la 35ème session de la C.I.T. (Genève, 1952). Les travaux

(1) V. *L'Organisation internationale du Travail et les assurances sociales*, op. cit.

de cette session aboutirent à l'adoption d'une convention no. 102 sur la norme minimum de Sécurité sociale, dont les règles sont plus souples que celles du projet. Les neuf branches de la convention, d'après les recommandations de Philadelphie, concernent toute la population et sont respectivement : les soins médicaux, les indemnités de maladie, les prestations de chômage, de vieillesse, d'accidents du travail et de maladies professionnelles, les prestations familiales, les prestations de maternité, d'invalidité et de décès. Des dispositions ont été prévues en vue de faciliter la ratification par les Etats membres (art. 2, 6,), et surtout par ceux dont les capacités économiques et financières, ainsi que les possibilités médicales, sont insuffisamment développées (art. 3, sur les dérogations temporaires à la norme minimum).

La convention no. 118 sur l'égalité de traitement (1962), adoptée à la 46ème session de la C.I.T. (1), offre des solutions aux problèmes que soulève la diversité des principes et des modalités techniques propres aux législations de différents pays, dans le cas des travailleurs migrants(2).

(1) V.F. NETTER, *La Sécurité sociale des travailleurs migrants*, *Rev. intern. trav.*, vol. LXXXVII, no. 1, janvier 1963, p. 34 - 55.

(2) La Suisse et la France n'ont pas adhéré aux conventions nos. 102 et 118 ci-dessus mentionnées, ni au Code européen de Sécurité sociale. On trouvera une analyse détaillée des éléments qui ont incité la Suisse à ne pas ratifier les deux conventions précitées, dans deux rapports du Conseil fédéral des 18 décembre 1953 et 1er mars 1963 sur les 35e et 36e sessions de la Conférence internationale du Travail. V. FF, 1953, t. 111, p. 1029 - 1050; et 1963, t. I, p. 521-527. Toutefois le développement récent de la législation fédérale permettrait, semble-t-il, d'envisager la ratification de la convention no. 102. Le Code européen de Sécurité sociale n'a pas encore fait l'objet d'une étude approfondie en vue d'une ratification éventuelle par la Suisse. En ce qui concerne la France, il semble que la ratification des instruments internationaux susmentionnés soit à l'étude au ministère français des affaires sociales.

PARTIE SPECIALE

Nous nous bornons, dans notre exposé, à étudier les cotisations dans l'AVS suisse et dans le régime général français de la Sécurité sociale. La raison de ce choix réside dans le fait que les deux systèmes, suisse et français, de la Sécurité sociale se caractérisent par une hétérogénéité. Or, d'une part, une étude systématique et détaillée des cotisations, dans tous les régimes de protection sociale à l'intérieur de chaque système, aboutirait à un travail touffu et très complexe qui dépasserait largement la capacité de notre exposé. D'autre part, une telle étude, entreprise dans un seul texte, empêcherait d'avoir une vue comparative claire des deux systèmes.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE COTISATION

GÉNÉRALITÉS

Quand les assurances sociales obligatoires présentaient encore les caractéristiques fondamentales d'une assurance privée dans leur mécanisme et leur technique, on voyait également dans la cotisation d'assurance sociale une prime d'assurance. Cette prime présentait un aspect "sui generis" du fait de ses particularités et de ses caractères distinctifs, à savoir, d'être obligatoire et de ne pas être à la charge exclusive du bénéficiaire (1).

Toutefois, la nature obligatoire des cotisations donna lieu à une controverse. Certains y ont vu un impôt d'un caractère spécial. Cette conception s'est heurtée à une opposition virulente, influencée par l'esprit de l'époque qui était contraire à l'étatisation des assurances sociales. Si la cotisation était un impôt, disaient ces opposants, elle ne créerait pas un lien de droit entre l'individu et l'institution d'assurance. Dans ce cas, il ne pouvait plus être question de faire participer les assurés à la gestion des fonds, et l'institution prenait le caractère d'un service public d'assistance. Pour éviter de pareilles conséquences, ils réclamaient le versement des cotisations non seulement comme un devoir, mais encore comme un droit intangible des assurés (2).

La controverse sur la nature des cotisations conduisit les spécialistes de l'ancienne époque, toujours désireux de donner un caractère privé à l'organisation des assurances sociales, à adopter une autre conception. Cette dernière, selon laquelle la cotisation constitue une forme particulière de salaire, a été maintenue jusqu'à notre époque par ses partisans. Selon certains, la nécessité sociale de venir en aide aux personnes incapables de travailler est la cause d'une dichotomie du salaire. Les salariés actifs, en versant des cotisations, transfèrent une partie de leur salaire aux salariés inactifs, sous forme de prestations d'assurances sociales. Les employeurs versent aussi une partie des cotisations qu'ils ajoutent aux salaires proprement dits dans le calcul de leurs prix. Le salaire est ainsi coupé en deux. Il y a, d'une part, un salaire d'activité correspondant

(1) V. A. BRUXELLES, *Notion Juridique et caractères des cotisations d'assurances sociales dans la législation française*, thèse Grenoble, 1932, p. 23 et s.

(2) *Ibid.*, p. 17 et s.

à la prestation de travail, et, d'autre part, un salaire d'inactivité qui est en fait un véritable salaire redistribué (1). Cette division du salaire en deux parties représenterait un salaire "individuel", et un salaire "différé" dont le paiement n'est pas immédiat et qui donne lieu à une redistribution par les institutions de Sécurité sociale. Il peut être appelé, de ce fait, un salaire "solidarisé" ou "socialisé" (2).

L'évolution profonde survenue en matière de protection sociale à notre époque a modifié ces façons de voir les choses. D'une part, l'intervention de l'Etat dans les domaines économique et social est devenue de plus en plus une nécessité. D'autre part, la nature de la gestion des institutions de Sécurité sociale dépend de moins en moins de la nature juridique des contributions des bénéficiaires. Ainsi, les ressources obtenues en grande partie par les cotisations peuvent être gérées par une administration de caractère étatique (ex. Grande-Bretagne). Réciproquement, des ressources collectées à peu près complètement par l'impôt ou par les taxes peuvent être laissées, le cas échéant, à une gestion par les assurés (ex. prestations sociales agricoles en France, avant 1960). Le droit de l'assuré aux prestations ne provient plus, ou plus seulement, du versement des cotisations, mais du fait de son existence comme membre de la société qui contribue au développement et au bien-être de celle-ci. Il faut constater que l'idée de la généralisation de la Sécurité sociale, basée sur la solidarité de tous les éléments d'une communauté (3), a contribué en grande partie à ce changement des conceptions.

Cette généralisation a eu aussi pour conséquence le fait que la cotisation présente de plus en plus les caractéristiques d'un impôt. Or aujourd'hui une tendance s'affirme qui entend attribuer à une cotisation généralisée le caractère d'un impôt véritable, avec toutefois une affectation spéciale. Cette exception à la règle de non affectation de l'impôt s'expliquerait par l'importance du service confié à l'organisation de la Sécurité sociale qui exige une autonomie administrative et financière de celle-ci (4). L'opposition devant cette tendance ne manque pas. La principale raison en est la hantise d'une fiscalisation de la Sécurité sociale.

(1) V. L. ALVIN, *Salaire et Sécurité sociale*, 1947, p. 10 et 42.

(2) V. L.-E. TROCLET, *Problèmes belges de Sécurité sociale*, 1949, t. 1, p. 41 et s. Cette conception tient son origine d'une assimilation des prestations de Sécurité sociale et notamment des allocations familiales à un complément de salaire, cf. les deux ouvrages précités; v. aussi, dans ce sens, Hans NEF, *Kantonale Gesetze über Familienausgleichskassen*, dans la *Festgabe für August Egger*, 1945, p. 354 - 355.

(3) V. *supra*, la partie générale.

(4) V. P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, 1953, no. 133, p. 287.

CHAPITRE II

LES SUJETS ACTIFS DE COTISATION

SECTION I. — En droit suisse

LES CAISSES DE COMPENSATION AVS

L'article 53 LAVS autorise les associations patronales professionnelles et interprofessionnelles à créer, sous certaines conditions, des "caisses de compensation professionnelles".

L'article 61, 1er alinéa, LAVS met chaque canton devant l'obligation de créer une "caisse de compensation cantonale".

L'article 62 LAVS impose au Conseil fédéral le devoir de créer deux "caisses de compensation de la Confédération" l'une pour le personnel de l'administration fédérale et des établissements fédéraux, et l'autre pour les ressortissants suisses résidant à l'étranger.

Les caisses de compensation cantonales sont des organismes autonomes de droit public (art. 61, 1er alinéa, LAVS). Cette qualification n'a pas été explicitement attribuée aux caisses de compensation professionnelles. Mais certaines dispositions de la loi permettent de conclure que celles-ci doivent également la posséder (1). En revanche, les caisses professionnelles sont seules dotées, par la loi, de la personnalité juridique. On doit pouvoir, pour les mêmes raisons, étendre cette qualité aux caisses cantonales, sans laquelle, d'ailleurs, leur autonomie n'aura pas de sens. Toutefois, la condition préalable pour ces extensions réciproques de qualités juridiques serait l'admission du critère selon lequel toutes les caisses de compensation relèvent du droit public fédéral. Or cela n'est certain, à première vue, que des caisses professionnelles. Les caisses cantonales ont été d'ailleurs souvent traitées comme des organismes relevant du droit public cantonal (2). Cette manière de voir serait difficile à soutenir. En effet,

(1) Ces dispositions sont en particulier les articles 58 et 59 LAVS, concernant l'organisation des caisses de compensation professionnelles, et l'article 63 LAVS, qui énumère les obligations incombant à toutes les caisses.

(2) V. P. SAXER, *Die AHV-Ausgleichskassen*, thèse Berne, 1953, p. 170, 173 et s.; et les auteurs cités par J.-D. DUCOMMUN, *Problèmes juridiques actuels de l'assurance-vieillesse et survivants*, RDS, 1955, p. 195a, note 13; ainsi chaque caisse, selon le décret cantonal, pourrait être autonome ou dépendante de l'administration cantonale, v. l'ex. cité par P. SAXER, *op. cit.*, p. 175 : la caisse cantonale de Neuchâtel à laquelle la personnalité juridique n'a pas été explicitement accordée, ne peut être considérée, selon l'auteur, comme une caisse autonome.

la création des caisses cantonales est ordonnée par le législateur fédéral qui attribue en même temps à l'autorité fédérale le droit de remplacer les cantons au cas où ceux-ci ne rempliraient pas leur devoir (art. 100 LAVS). De plus, la nécessité de l'uniformité dans l'application de l'AVS par des organismes qui ont tous le même pouvoir de décision et d'exécution, rend indispensable l'identité du droit duquel ils relèvent (1).

Les caisses de compensation professionnelles constituent l'originalité la plus marquante dans le droit suisse de la Sécurité sociale. Elles sont des organismes autonomes de droit public qui ont pour base les associations de droit privé. Leur création s'explique par la volonté de l'Etat d'accorder une concession⁽²⁾ à ces associations, pour des raisons d'ordre psychologique et de politique sociale. Elles présentent une combinaison originale de la gestion étatique, et de celle par les intéressés⁽³⁾, des institutions de Sécurité sociale⁽⁴⁾.

Les caisses de compensation disposent-elles d'une véritable autonomie⁽⁵⁾? Une analyse de cette question nous amène à mettre en doute l'authenticité de l'autonomie attribuée aux caisses. En effet, elles ne possèdent aucune autonomie en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont déléguées. Celles-ci sont réglées en vertu des normes impératives générales dont l'interprétation par les caisses est soumise au contrôle d'une autorité de surveillance (art. 72 LAVS). Une réglementation autonome de ces tâches est d'ailleurs incompatible avec l'application uniforme d'une loi fédérale. Concernant toujours ces tâches déléguées, les caisses sont également dépourvues d'une autonomie financière. Les finances

(1) V. J.-D. DUCOMMUN, *op. cit.*, p. 195a-196a.

(2) Cette concession ne saurait être assimilée, comme certains le prétendent, à celle qu'attribue l'Etat à un tiers afin d'assurer le fonctionnement d'un service public, v. P. SAXER, *op. cit.*, p. 144 et s. Le droit de créer les caisses de compensation est un droit personnel attribué aux associations patronales et ouvrières par un acte législatif (art. 53 et 54 LAVS). Celles-ci peuvent faire valoir ce droit par un acte administratif; cela sous certaines conditions fixées par la loi, et non pas par l'autorité administrative (art. 55 à 57 LAVS, 98 à 100 RAVS; art 10 de l'ordonnance du 19 février 1960, RO 1960 p. 296). La différence est très marquée entre les deux institutions en cause; sur la notion des concessions, v. J. SILLIG, *Contribution à l'étude du régime juridique des concessions en droit suisse*, thèse Lausanne, 1946.

(3) Aussi séduisante que cette constatation puisse paraître, force est d'admettre qu'une grande partie de sa signification n'existe que sur le plan théorique, v. section III de ce chapitre.

(4) Elles n'en constituent pas moins une anomalie dans les conceptions traditionnelles de droit public, v. J.-D. DUCOMMUN, *op. cit.*, p. 194a et s.

(5) Sur la notion d'autonomie, v. F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8e éd., Zurich, 1939, p. 78 et s.; J.-D. DUCOMMUN, *op. cit.*, p. 192a et s.

de l'AVS sont centralisées dans le Fonds de compensation (art. 107 et s. LAVS) (1). En revanche, dans l'administration et le financement de leurs propres affaires, les caisses jouissent d'une assez grande autonomie. Mais là aussi le pouvoir de surveillance des cantons et des associations fondatrices sur les caisses (art. 57 et 61, al. 2, LAVS) constitue une atteinte à cette indépendance. En somme, on peut conclure que les caisses de compensation ne sont pas de véritables établissements autonomes. Elles pourraient être assimilées, sous quelques réserves(2), à un organe de l'administration fédérale.

La qualité d'organe autonome a été attribuée aux caisses pour des motifs psychologiques. Elle a son sens dans une indépendance de celles-ci à l'égard des cantons et des associations fondatrices. Mais, aussi inconciliables que puissent paraître la décentralisation et l'autonomie avec l'accomplissement d'un travail uniforme par des organes multiples, il n'est pas exclu que les caisses puissent arriver un jour à une sorte d'autonomie dans leur travail. Ce sera ainsi lorsque les normes générales pour la réglementation de chacune des tâches confiées aux caisses auront été, dans tous les cas, appréciées et concrétisées d'une manière uniforme; alors l'intervention de l'autorité de surveillance deviendra de moins en moins nécessaire. Cela est un fait dont témoigne la pratique actuelle des caisses en matière d'assurance vieillesse.

Les caisses de compensation constituent une base solide pour un véritable système de Sécurité sociale en Suisse (3). Elles se sont montrées, d'une façon parfaite, à la hauteur des tâches qui leur ont été confiées, inspirant ainsi la conviction qu'elles sont capables, le cas échéant, d'en assumer d'autres. Du la sorte, on peut prédire avec pertinence qu'à l'avenir la gestion d'autres branches de la Sécurité sociale sur le plan fédéral sera confiée à ces organismes. Ainsi, la Suisse aura l'avantage de posséder un système moderne, efficace et en même temps original, de Sécurité sociale.

SECTION II. — En droit français

LES CAISSES PRIMAIRES DE SÉCURITÉ SOCIALE ET LES CAISSES D'ALLOCATIONS FAMILIALES (4)

Les créanciers de cotisations sont des caisses primaires de Sécurité sociale pour les cotisations d'assurance sociales et celles

-
- (1) V. M. HUNZIKER, *Der Ausgleichsfonds des schweizerische Alters und Hinterlassenenversicherung*, thèse Zurich, 1963.
 - (2) Par exemple, au lieu d'un pouvoir hiérarchique il y a un pouvoir de surveillance, v. J.-D. DUCOMMUN, *op. cit.*, p. 199a et s.
 - (3) V. *Les 25 ans des caisses de compensation*, RCC, 1965, p. 66 et s., p. 118 et s.
 - (4) Ces caisses doivent être appelées les "caisses primaires d'assurance maladie" après la réforme de la Sécurité sociale par les ordonnances du 21 août 1967. V. *supra*, p. 19.

d'accidents du travail; et les caisses d'allocations familiales pour les cotisations d'allocations familiales⁽¹⁾.

Les caisses de Sécurité sociale sont des organismes privés gérant un service public⁽²⁾. Selon l'article 40 du Code de la Sécurité sociale, "les caisses... sont constituées et fonctionnent conformément aux prescriptions du Code de la mutualité..." Ce sont donc des sociétés mutualistes, régies par le droit privé⁽³⁾. Malgré cette référence de principe qui peut être utilisée comme argument péremptoire en faveur du caractère de droit privé des caisses, certaines juridictions y ont vu des organismes de droit public⁽⁴⁾. Mais la doctrine et la jurisprudence, dans leur majorité, s'accordent pour affirmer le caractère privé des caisses.

De ce caractère de droit privé des caisses découlent certaines conséquences dans les rapports de celles-ci avec leur personnel, et avec les tiers. Les rapports individuels ou collectifs de travail entre les caisses et leur personnel sont soumis, sauf dispositions particulières, aux dispositions du Code du travail. Leurs rapports avec les tiers relèvent du domaine de droit privé; citons par exemple que les actes juridiques nécessaires à leur vie quotidienne sont régis par les dispositions du Code civil⁽⁵⁾. C'est enfin sur le plan de la compétence juridictionnelle que se manifeste le caractère privé des caisses. La compétence de principe appartient aux juridictions de la Sécurité sociale⁽⁶⁾. Le contentieux qui pourrait échapper à ces dispositions serait abandonné aux juridictions judiciaires.

Les caisses de Sécurité sociale assurent une mission de service public pour laquelle elles jouissent de certaines prérogatives de puissance publique, notamment en matière d'affiliation d'office et de recouvrement des cotisations. La reconnaissance d'une telle mission aux caisses de Sécurité sociale ne va pas sans produire diverses incidences⁽⁷⁾. C'est ainsi que les caisses sont tenues d'observer une

(1) Les unions de recouvrement peuvent se substituer aux caisses susmentionnées (art. 45 CSS); sur les unions de recouvrement (art. 42 et 43 CSS), v. J.-J. DUPEYROUX, *Sécurité sociale, op. cit.*, nos. 284-285, et bibliographie citée.

(2) Abstraction faite de la Caisse nationale de Sécurité sociale (art. 50 CSS), qui est un établissement public.

(3) Toutefois l'originalité de nombreuses dispositions concernant l'organisation des caisses empêchent d'y voir de véritables sociétés mutualistes, v. J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, no. 286.

(4) V. PERRAUD-CHARMANTIER, *De la nature juridique des caisses de Sécurité sociale et des conséquences pratiques qui en résultent*, *Gaz. Pal.*, 1957, 2, *Doctr.*, p. 45

(5) *Ibid*

(6) L'article 190 et s. CSS; sur ce sujet, v. notamment J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, nos. 375 et s., et bibliographie citée.

(7) Sur le plan de la compétence juridictionnelle, l'incidence a une portée très réduite. Sur les problèmes de compétence, v. note Conseil d'Etat,

certaine réserve dans leurs appréciations à l'égard de la politique gouvernementale⁽¹⁾; et leur personnel doit se conformer aux dispositions de la loi du 31 juillet 1963 sur la grève dans les services publics.

Enfin, l'accomplissement d'une mission de service public dont le bon fonctionnement doit être garanti par l'Etat est à l'origine des interventions multiples et multiformes de ce dernier dans les affaires des caisses. Il en est ainsi lorsque l'Etat intervient dans les relations entre les caisses et leur personnel ⁽²⁾, ou lorsqu'il soumet les caisses à une tutelle administrative et à des divers contrôles financiers⁽³⁾.

Ces interventions se multiplieront davantage encore, au fur et à mesure que le champ d'application du régime général s'élargit et la charge incombant aux caisses s'alourdit sur tous les plans. Alors l'opposition entre la notion d'organisme privé et celle de service public se manifestera de plus en plus⁽⁴⁾ et le jour viendra où une Sécurité sociale englobant l'ensemble de la population ne laisserait plus de choix à l'Etat qu'intervenir directement en confiant la gestion du système à un organisme relevant du droit public.

SECTION III. — Comparaison

Les caisses de compensation suisses et les caisses de Sécurité sociale françaises sont de nature juridique fondamentalement différentes. Les premières sont des institutions de droit public et les secondes de droit privé.

Les deux organismes diffèrent aussi en ce qui concerne leur gestion. Bien que celle-ci soit confiée, dans les deux régimes, aux intéressés, chacun d'eux en a adopté une conception et une méthode différentes. En Suisse le droit de créer des caisses de compensation est accordé aux associations patronales. Les associations d'employés ou d'ouvriers ont, sous certaines conditions, le droit d'exiger la participation paritaire à l'administration d'une caisse à créer ou existant déjà (art. 54, 1er alinéa, LAVS). Il faut signaler que, depuis l'entrée

23 janvier 1953, S., 1953, 3, p. 46; Tribunal des conflits, 10 décembre 1956, conclusions GUIONIN, D., 1957, p. 712; PERRAUD-CHARMANTIER, précité; Tribunal des conflits, 6 juil. 1957, D., 1958, p. 296, note GARAGNON.

(1) V. Cons. d'Etat, 31 janvier 1964, conclusions NICOLAY, *Dr. soc.*, 1964, p. 374.

(2) Pour ne citer qu'un exemple, les conventions collectives doivent être soumises à un agrément ministériel.

(3) Code sec. soc., Livre 1, titres I, II, III et notamment IV; v., sur ce sujet, A. ROUAST et P. DURAND, *Sécurité sociale*, 1958, nos. 60 et s.; J. DOUBLET, *Sécurité sociale*, 1964, p. 336 et s.; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, nos. 292 et s.

(4) V. F. NETTER, *L'évolution du statut des institutions de Sécurité sociale*, *Dr. soc.*, 1964, p. 242.

en vigueur de LAVS, aucune caisse de compensation paritaire n'a été créée. L'article 54, 1er alinéa, LAVS est ainsi resté lettre morte. Il convient cependant de relever que les associations d'employés ou d'ouvriers ont fait souvent usage de la possibilité que leur offre l'article 58, 2ème alinéa, LAVS, de se faire représenter (1) au sein du Comité de direction des caisses professionnelles. Mais il ne s'agit là que d'un droit de regard. En France la gestion des caisses primaires de Sécurité sociale et des caisses d'allocations familiales est confiée aux représentants des intéressés qui sont désignées par la voie d'élection(2). Les trois quarts des membres des conseils d'administration des caisses primaires sont les représentants des travailleurs et un quart ceux des employeurs(3). Les conseils d'administration des caisses d'allocations familiales ont une base plus large en raison de la généralisation des prestations familiales, en ce sens que la moitié des membres représentent les travailleurs salariés, le quart les travailleurs indépendants, et le dernier quart les employeurs.

-
- (1) Selon les renseignements obtenus de l'OFAS, à l'heure actuelle, 51 caisses professionnelles de compensation sur 78 comptent des représentants des associations d'employés ou d'ouvriers dans leur comité de direction.
 - (2) L'ordonnance no. 67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la Sécurité sociale (V. *supra*, p. 19) a modifié le système de la désignation des membres des conseils d'administration (art. 8). Ils seront désignés, désormais, non pas par la voie d'élection, mais par les organisations syndicales les plus représentatives.
 - (3) Cette proportion a été modifiée par l'article 8 de l'ordonnance précitée, qui prévoit un partage en nombre égal des sièges entre les représentants des salariés et ceux des employeurs.

CHAPITRE III

LES SUJETS PASSIFS DE COTISATION

SECTION I. — En droit suisse

§ 1. — LES TRAVAILLEURS DÉPENDANTS ET INDÉPENDANTS

La distinction entre le travailleur dépendant et le travailleur indépendant revêt une importance particulière dans l'AVS. D'abord, le revenu du travail dépendant est soumis à cotisations seulement à moitié du taux prescrit par la loi. L'autre moitié est à la charge de l'employeur. Ensuite, au cas où il s'agit du revenu d'un travail indépendant, la créance des cotisations est basée sur la taxation fiscale, tandis que les cotisations des travailleurs dépendants sont soumises au procédé de la perception à la source.

La LAVS ne contient aucune définition permettant d'établir une présomption sur le travail dépendant ou indépendant. Elle ne vise que le revenu du travail, cela sous la qualification du revenu d'une "activité lucrative"(1). Elle se borne ainsi à donner des critères de distinction entre le revenu d'une activité lucrative dépendante (art. 5 LAVS)(2), et celui d'une activité lucrative indépendante (art. 9 LAVS)(3). Ces critères ne sauraient être d'une utilité véritable pour faire la distinction très subtile entre l'activité salariée et indépendante dans des cas-limites.

Le soin de cette distinction est entièrement laissé à la jurisprudence. Nous devons donc nous baser sur les données jurisprudentielles qui constituent la seule source importante de droit en cette matière. Déjà, la notion d'activité lucrative, dégagée de la jurisprudence du TFA, nous conduit à établir notre ligne directrice. En effet, il s'agit là d'une notion strictement économique. Le terme même est assez éloquent à cet égard. Or, il faut en déduire au premier abord que le droit du travail ne peut pas délimiter des phénomènes désignés par cette notion. La diversité des circonstances économiques, comme souligne le TFA, ne se laisse pas enfermer dans le schéma d'un contrat. Toutefois, l'existence d'un contrat de travail peut fournir un indice important pour faire le départ entre l'activité salariée et indépendante.

L'évolution de la jurisprudence du TFA, en cette matière,

(1) V. *infra*, p. 84.

(2) V. *infra*, p. 85.

(3) V. *infra*, p. 89.

mérite d'être rappelée. Elle s'est tout d'abord fondée sur des critères énumérés dans la circulaire no. 20 de l'Office fédéral des assurances sociales. Ces critères sont la réunion d'une variété d'indices censés pouvoir déterminer la nature dépendante ou indépendante d'une activité. Quiconque accomplit un travail pendant un temps déterminé doit être considéré comme exerçant une activité dépendante s'il accomplit ce travail selon certaines instructions, s'il ne peut disposer du produit de ce travail, s'il ne supporte pas le risque économique, ni ne fixe lui-même la rémunération de ce travail⁽¹⁾. Il se pourrait que, selon les circonstances, l'un ou l'autre de ces critères soit plus ou moins réalisé. Dans ce cas, l'affaire est laissée à l'appréciation souveraine des juges⁽²⁾.

Plus tard, dans les arrêts du TFA, on se trouve constamment en présence d'une dualité de critères. En effet pour la désignation d'un travail dépendant, le TFA se basait désormais sur l'existence d'un rapport de dépendance économique ou de subordination dans l'organisation du travail⁽³⁾. Ces critères ont été analysés et approfondis à maintes reprises au cours des années, en sorte que la règle de droit qui se dégage actuellement d'une multitude d'arrêts du TFA en matière de distinction entre travailleur dépendant et travailleur indépendant semble être assez bien tracée. Il n'en reste pas moins que cette distinction, lorsqu'il s'agit des cas-limites, est casuistique et exige beaucoup de minutie de la part des juges.

La dépendance économique, selon le TFA, est le fait de ne pas supporter personnellement la totalité ou tout au moins la grande partie d'un risque économique analogue à celui qui est encouru par un entrepreneur ou négociant établi à son compte⁽⁴⁾. Il s'agit là d'un risque économique qui porte sur des biens de celui qui l'encourt, comprenant évidemment le gain provenant de son travail. Mais le fait de gagner plus ou moins selon le résultat de son activité

(1) V. circulaire no. 20 de l'OFAS, du 23 janv. 1948.

(2) V. notamment ATFA, 26 avril et 3 sept. 1949, RCC, 1949, p. 240, 429; ATFA, 17 oct. 1949, 14 fév. (2 arrêts), 4 sept. 1950, RCC, 1950, p. 28, 147, 191, 419.

(3) L'évolution de ce changement d'attitude du TFA pourrait être aperçue dans les arrêts rendus à partir de l'année 1951, v. à titre d'ex., ATFA : 25 juin 1951, RCC, 1951, p. 329; 8 mai 1952, RCC, 1952, p. 241; 8 janv. 1953, 5 déc. 1952, 7 juil. 1953, RCC, 1953, p. 64, 94, 309; v. aussi RCC, 1952, p. 215 et s.; cela n'exclut pas l'existence des arrêts dans lesquels le TFA, vu les circonstances du cas, ne se réfère pas à des critères susindiqués, v. par ex., ATFA, 22 déc. 1953, RCC, 1954, p. 293; ATFA, 25 janv. 1956, RCC, 1956, p. 98; v. aussi l'arrêt insolite du 12 juin 1959, RCC, 1959, p. 389, dans lequel le corps enseignant d'une école est assimilé à une communauté autonome dans le cadre de laquelle les maîtres exercent une activité lucrative indépendante.

(4) V. notamment ATFA, 21 fév. 1955, RCC, 1955, p. 153; ATFA, 27 août 1955, RCC, 1956, p. 65.

ne constitue pas, en soi, un risque économique au sens de l'AVS⁽¹⁾.

Le critère de la subordination dans l'organisation du travail entend l'exécution d'un travail par un individu qui est soumis, de façon décisive, aux instructions d'autrui quant à l'emploi du temps et à l'organisation du travail⁽²⁾. Cela ne signifie nullement un rapport d'ordre juridique d'employé à employeur. Ce rapport de subordination, selon la jurisprudence du TFA, dépend du caractère déterminant des instructions données à celui qui exécute le travail. Ces instructions, dans chaque cas particulier, doivent faire l'objet d'une appréciation minutieuse des juges qui pourront conclure à l'existence ou à l'inexistence d'un rapport de subordination.

La réalisation de chacun des critères susmentionnés peut constituer, en soi, un indice suffisant de l'existence d'une activité lucrative dépendante. Mais, au fond, ces critères semblent plutôt être liés et complémentaires l'un de l'autre. En effet, un individu doit être normalement d'autant plus indépendant dans l'organisation de son travail que le risque économique qu'il supporte est plus grand. De la sorte, la dépendance économique, dans le sens que lui donne le TFA, devrait entraîner, en principe, une subordination dans l'organisation du travail. Cette théorie, qui paraît conforme à la logique des choses, ne trouve toutefois pas son application complète dans les usages du commerce, vu les particularités de certaines professions. C'est ainsi que les représentants de commerce, réputés être l'objet d'une dépendance économique à l'égard de leur maison commettante, jouissent cependant d'une grande indépendance dans l'emploi de leur temps et dans l'accomplissement de leur travail. Ils sont considérés, sauf exception, comme économiquement dépendant, tandis qu'ils peuvent être titulaires d'une raison individuelle inscrite au registre du commerce, et avoir un champ d'activité s'étendant à toute la Suisse, en supportant personnellement tous les frais qui en découlent⁽³⁾.

(1) Pourtant, auparavant, le TFA avait qualifié "risque économique", des fluctuations dont serait l'objet le bénéfice net d'un représentant de commerce, en fonction du zèle et de l'habileté de ce dernier dans l'exercice de son travail, v. ATFA, 21 août 1951, RCC, 1951, p. 422; par la suite, il a rejeté ce point de vue avec insistance, v. l'un des derniers arrêts du TFA dans lequel il traite cette question : ATFA, 25 fév. 1959, cons. 1, RCC, 1959, p. 296.

(2) V. les arrêts cités pour la dépendance économique.

(3) La jurisprudence du TFA, sur le problème de la qualification de l'activité des représentants de commerce, est abondante; la raison est que, dans cette profession, il y a beaucoup de cas-limites dans lesquels la démarcation entre l'activité dépendante et l'activité indépendante est très difficile, v. ATFA : 3 sept. 1949, RCC, 1949, p. 428; 14 fév., 11 mai 1950, RCC, 1950, p. 191, 378; 30 juil., 21 août, 19 oct. 1951, RCC, 1951, p. 421, 422, 454; 30 août 1952, RCC, 1952, p. 356; notamment 26 août 1953, RCC, 1953, p. 393; 2 fév. 1954, RCC, 1954, p. 146; 30 nov. 1954, notamment 21 fév. 1955 (2 arrêts), RCC, 1955, p. 82, 153, 156; notam-

Dans le même ordre de considérations, la profession des bûcherons-tâcherons mérite également d'être mentionnée. Ceux-ci ont été considérés par le TFA comme étant dans un rapport de dépendance économique à l'égard du propriétaire ou de l'acheteur du bois; cela à cause de leur revenu souvent très modeste. Ils n'ont d'ailleurs pas la possibilité de prendre sur eux des risques importants inhérents à leur activité (ex.: accidents graves, dommages importants causés à des tiers). Ils possèdent cependant, en raison des particularités de leur métier, une grande liberté dans l'exercice de leur travail⁽¹⁾. S'il s'agit exceptionnellement des bûcherons-tâcherons fortunés, lesquels au point de vue de la situation sociale ne sont pas fondamentalement différents de leur employeur, le TFA les qualifie de travailleurs indépendants⁽²⁾.

À l'encontre de ces deux exemples, il y a également des cas où l'indice de la subordination dans l'organisation du travail est plus évident que celui de la dépendance économique. On peut citer comme exemple le cas des agents de certaines banques dont l'activité est réglée dans les moindres détails par le siège central, tandis qu'ils supportent une partie des pertes causées à la banque sur les affaires proposées et traitées par eux⁽³⁾.

Nous concluons que cette dualité de critères employée par le TFA n'est en fait que la réunion de deux critères qui se complètent réciproquement⁽⁴⁾. En effet, dans une multitude des cas traités par le TFA, il n'en existe même pas un seul, où l'un des critères précités apparaisse à l'exclusion absolue de l'autre. Les représentants de commerce et les bûcherons-tâcherons, malgré la grande liberté qu'ils ont dans l'organisation de leur travail, sont soumis en quelque sorte aux instructions de leurs employeurs. De même, les agents de banque précités ne supportent qu'une partie seulement du risque économique inhérent à leur travail. Enfin, il faut constater que le TFA, ainsi qu'il le déclare souvent dans ses arrêts, attache une plus grande importance au critère de la subordination dans l'organisation du travail qu'à celui de la dépendance économique⁽⁵⁾.

ment 27 août, 27 déc. 1956, RCC, 1956, p. 66, 145; 7 sept. 1960, RCC, 1960, p. 432.

- (1) V. ATFA: 4 sept. 1954, 3 mai 1955, RCC, 1955, p. 33, 271; 17 juin 1958, RCC, 1958, p. 347.
- (2) V. ATFA, 17 déc. 1955, RCC, 1956, p. 103; il faut toutefois rappeler que la situation sociale des parties ne constitue pas, en soi, un indice décisif pour faire le départ entre l'activité indépendante et l'activité salariée, v., à ce propos, ATFA, 9 oct. 1953, RCC, 1953, p. 443.
- (3) V. ATFA, 1er avril 1953, RCC, 1953, p. 203.
- (4) Rappelons d'ailleurs que le TFA emploie presque toujours la conjonction "et", et exceptionnellement "ou" entre les deux critères lorsqu'il les cite. Pour un exemple de l'emploi de la conjonction "ou", v. ATFA, 23 janv. 1957, RCC, 1957, p. 221.
- (5) Et, paradoxalement, dans l'ordre de citation, la "dépendance écono-

§ 2 — L'EMPLOYEUR (1)

Aux termes de l'article 12, 1er al., LAVS, "est considéré comme employeur quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'article 5, 2ème al.". Cette dernière disposition concerne la définition du "salaire déterminant". Celui-ci comprend "toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé"(2).

L'article 12, 1er al., fait partie d'un ensemble de dispositions qui régissent la perception (à la source) des cotisations(3). Il désigne la personne qui paye le salaire comme celle qui doit payer des cotisations paritaires. Elle correspond en effet à la majorité des cas. Mais son imprécision sur le rapport qui doit exister entre cette personne et le fournisseur du travail fait supposer que même si quelqu'un payait le salaire pour le compte d'un tiers, il serait qualifié d'employeur. Cette interprétation, qui s'en tient à la lettre de cet article, est l'origine d'intervention multiples du TFA dans ce domaine. Dans un premier arrêt, il déclara que la définition de l'employeur donnée par l'article 12 LAVS n'est qu'une présomption, et que cet article signifie seulement qu'en cas de doute sur la personne de l'employeur, est tenu pour tel celui qui verse le salaire(4). Par la suite, une série d'arrêts vint confirmer et élargir cette jurisprudence. Dans ces arrêts, le TFA, pour désigner le véritable employeur, tient compte de l'élément du "service"(5), et plus particulièrement de celui de la "subordination"(6). En effet, les critères de la dépendance économique et celui de la subordination dans l'organisation du travail pourraient servir également à la désignation de l'employeur. Aussi le TFA s'y réfère-t-il dans l'un de ses arrêts concernant ce problème(7). Mais ces critères ne sauraient être appli-

mique" vient en général toujours avant la "subordination dans l'organisation du travail".

- (1) Il faut rappeler qu'en droit suisse de la Sécurité sociale, il existe une autre notion de l'employeur qui relève du régime d'assurance-accidents. Dans ce régime, on considère comme employeur le chef d'entreprise (ou son représentant) dont l'exploitation est obligatoirement soumise à l'assurance. v. à ce propos. *La Suisse économique et sociale*, op. cit., t. 1, p. 719; K. ACHERMANN, *Der Arbeitgeber in der Schweizerischen Sozialversicherung*, SZSV, 1960, p. 117 et s.; A. MAURER, *Recht und Praxis der Schweizerischen Obligatorischen Unfallversicherung*, 1963, p. 38 et s.
- (2) V. *infra*, p. 87.
- (3) V. les art. 13, 14, 51 LAVS; 34 et 35 RAVS.
- (4) V. ATFA, 22 juin 1951, RCC, 1951, p. 330; auparavant, le TFA avait soutenu une interprétation littérale de cet article, v. ATFA, 21 juin 1950, RCC, 1950, p. 452; il maintient dans certains cas cette jurisprudence, v. ATFA, 27 nov. 1952, RCC, 1953, p. 26.
- (5) V. ATFA, 14 janv. et 29 avril 1957, RCC, 1957, p. 220, 223.
- (6) V. ATFA, 14 janv. 1958, RCC, 1958, p. 215.
- (7) *Ibid.*

qués dans ce but aussi strictement qu'ils le sont pour la démarcation entre l'activité dépendante et l'activité indépendante; cela à cause de la souplesse et de la portée très large de l'article 12, 1er al., LAVS.

Le rapport de subordination permet surtout de résoudre le cas où le salarié reçoit sa rémunération sous forme de pourboire, et auquel l'article 12, 1er al., pris à la lettre est absolument inapplicable. Ce rapport est déterminant même dans le cas où un salarié, au lieu de travailler pour son propre employeur, travaille effectivement pour un tiers et reçoit sa rémunération de ce dernier. Selon l'éroitesse de ce rapport, ce tiers pourrait apparaître pour le travailleur comme un deuxième employeur⁽¹⁾ et pourrait même dans certains cas le remplacer⁽²⁾.

§ 3.— L'EMPLOYEUR ET LE VERSEMENT DE LA COTISATION PARITAIRE ENTIÈRE

L'employeur est tenu, selon la loi, de retenir, lors de chaque paie, 2,4% de tout salaire, de le majorer à son propre compte d'un montant équivalent, et de le verser périodiquement à la caisse de compensation⁽³⁾.

Cette obligation légale de l'employeur et ses conséquences ont été l'objet de controverses dans l'AVS. Celles-ci sont reflétées dans une série d'arrêts importants du TFA auxquels nous nous référons dans notre présente analyse. Deux thèses se trouvent à l'origine de ces controverses. Selon l'une, en opérant la retenue de 2,4% sur le salaire de l'employé, l'employeur agit en qualité d'"organe" de l'AVS et accomplit ainsi une fonction de droit public. Selon l'autre, ayant la responsabilité du paiement des cotisations paritaires, l'employeur serait légalement le débiteur unique de ces cotisations vis-à-vis de l'AVS. La conséquence immédiate et la plus importante de l'admission de l'une ou de l'autre thèse est la libération de l'employé de sa dette de cotisation dès que la retenue a été opérée sur son salaire.

Il faut constater que l'attribution de la qualité d'"organe" de l'AVS à l'employeur tient au fait que ce dernier a le devoir légal d'accomplir différentes tâches administratives au sein de l'appareil de l'AVS (retenir des cotisations de salariés, transmettre la cotisation paritaire entière à la caisse de compensation; et, dans certains cas, tenir des comptes individuels de cotisations et servir les rentes à ses salariés)⁽⁴⁾. A ce propos, il convient de citer quelques allégations faites par l'Office fédéral des assurances sociales: "l'employeur,

(1) V. ATFA, 14 mars 1957, RCC, 1957, p. 321.

(2) V. ATFA, 27 janv. 1950, RCC, 1950, p. 109.

(3) V. les articles 12, 2ème al., 13, 14, 1er al., 51, 1er al., LAVS; article 3 LAI; et article 27, 2ème al., LAPG.

(4) V. J.-D. DUCOMMUN, *Problèmes juridiques...*, op. cit., p. 230a et s.

en déduisant du salaire la cotisation d'employé de 2%, agit en qualité de "rouage" de l'AVS, pour ne pas dire en tant qu'"organe" de l'appareil administratif de l'AVS. En tolérant la déduction de 2% de son salaire, l'employé paie sa dette de cotisation en mains d'un "rouage" de l'AVS; la dette personnelle de l'employé est ainsi éteinte de la même manière que s'il avait versé ses cotisations directement en mains de la caisse de compensation"(1). L'OFAS avance aussi l'argument que l'article 138, 1er al., RAVS(2), serait la règle d'exécution de l'article 17 LAVS(3), et que le premier n'aurait un sens et ne serait conciliable avec le dernier que si l'on admettait que la retenue sur le salaire opérée par l'employeur, en tant qu'"organe" de l'AVS, vaut "paiement libératoire".

Le tribunal fédéral des assurances rejette cette thèse: si l'employeur agit en tant qu'organe de l'AVS, cela constitue une fonction de droit public et rien dans la loi ne laisse supposer que l'employeur soit investi d'une telle fonction. Cette thèse est d'autant plus inadmissible que l'article 14 LAVS, qui traite de la perception des cotisations, ne fait aucune distinction entre l'employeur et les autres débiteurs de cotisations. En ce qui concerne l'article 138, 1er al., RAVS, le TFA déclare que cette disposition, contrairement à l'avis de l'OFAS, n'a pas sa raison d'être dans le fait que la retenue effectuée par l'employeur vaudrait "paiement libératoire". On peut même soutenir que cet article serait superflu si, du point de vue de l'AVS, la retenue sur le salaire libérerait le salarié de sa dette de cotisation. L'article 138, 1er al., RAVS, dit le TFA, est une disposition d'exception en faveur du salarié, contre le risque que l'employeur retienne les cotisations sur les salaires et ne les verse pas à la caisse de compensation. La condition préalable en serait alors que la retenue n'ait pas eu effet libératoire. Cette interprétation s'impose du fait que l'inscription au compte individuel, effectuée selon cet article, englobe la cotisation paritaire entière. Or, on ne saurait admettre que la part de l'employeur puisse être considérée comme payée(4). La dette de cotisation, confirme de plus le TFA,

(1) V. ATFA, 13 juil. 1956, RCC, 1957, p. 401; A.T.F.A., 1956, p. 174 et s.

(2) "Les cotisations légales déduites du salaire d'un employé ou ouvrier et celles qui doivent être payées en faveur de ces derniers par l'employeur sont inscrites au compte individuel des cotisations de l'intéressé, même si l'employeur n'a pas versé les cotisations en question à la caisse de compensation".

(3) "Des comptes individuels des cotisations seront établis pour chaque assuré tenu de payer des cotisations. Y seront portées:

a) les cotisations versées par l'assuré lui-même;

b) les cotisations versées par le canton de domicile conformément à l'article 11, 2ème al.;

c) les cotisations versées par l'employeur, calculées sur la base du salaire déterminant".

(4) V. ATFA, 13 juillet 1956, précité.

ne peut être éteinte que par rapport à la caisse de compensation, c'est-à-dire, lorsque les cotisations sont effectivement versées à cette dernière. Ce principe vaut également pour la dette de cotisation paritaire qui est mise par moitié à la charge de l'employé et de l'employeur. La retenue opérée par ce dernier ne peut ainsi avoir effet libératoire pour le salarié. Cela d'autant moins que les deux éléments de la cotisation paritaire doivent être versés à la caisse, en une fois, par un acte unique (art. 6, 12, 13 et 14 LAVS) (1). L'obligation d'effectuer ce versement incombe à l'employeur qui agit en pareil cas en qualité de "substitué" désigné par la loi.

Le TFA conclut que l'employeur n'est ni l'"organe" de l'AVS, ni le débiteur unique des cotisations paritaires. L'employeur et le salarié sont chacun et séparément débiteur envers l'AVS d'une cotisation égale à 2% du salaire. Mais, à l'égard de la caisse, l'employeur est en principe seul tenu de verser la cotisation paritaire entière (2).

Les conséquences de cette prise de position du TFA sont nombreuses. Nous en évoquons ici quelques-unes, tirées des arrêts susmentionnés.

a) Si le salarié verse, par erreur, sa part de cotisation directement à la caisse de compensation, il ne fait que payer sa propre dette de cotisation, bien qu'il n'en ait personnellement aucune obligation légale. Par conséquent, il n'aura pas droit à une restitution au sens des articles 14, 4ème al., LAVS et 41 RAVS, qui prévoient la restitution des cotisations indûment versées. Ces dispositions seraient inapplicables même si le travailleur s'apercevait après coup que l'employeur avait effectué la retenue. En tout état de cause, la cotisation n'a pas été payée à tort et l'application des articles précités n'est donc pas justifiée. Il n'en reste pas moins que le salarié se trouve avoir été grevé d'une double charge. Le TFA faisant valoir que les articles 14, 4ème al., LAVS, et 41 RAVS peuvent être appliqués "par analogie et selon leur esprit" (3) accorde la restitution en pareil cas.

b) La caisse de compensation ne peut encaisser directement la cotisation auprès du salarié lui-même. Une telle démarche équivaldrait à une libération de l'employeur de son devoir légal qui est le versement des cotisations paritaires entières. Elle entamerait, du même coup, le principe de la perception des cotisations à la source. Le TFA apporte cependant une exception à cette règle, en cas de "défaillance juridiquement qualifiée de l'employeur" (4).

(1) V. ATFA, 21 mars 1957, RCC, 1957, p. 405.

(2) V. les deux arrêts précités.

(3) V. ATFA, 14 juil. 1956, RCC, 1957, p. 407.

(4) Ibid., le TFA s'abstient, faute de nécessité, d'examiner dans cet arrêt, dans quelles conditions serait justifiée cette exception. Cette occasion se présente quelques années plus tard : la caisse de compensation peut

c) La cotisation retenue sur le salaire reste due aussi longtemps que l'employeur ne l'a pas versée, avec sa propre part, à la caisse de compensation. Elle est ainsi soumise à la prescription au sens de l'article 16, 1er al., LAVS (1), en même temps que la cotisation d'employeur. Cette dernière disposition serait inapplicable à la cotisation de salarié si la dette de cotisation de celui-ci envers l'AVS s'éteignait par la retenue sur son salaire (2).

d) Le TFA déclare que la prescription des cotisations paritaires n'entraîne pas nécessairement l'enrichissement illégitime d'un employeur qui garde par devers lui les montants des cotisations retenues sur les salaires. Car, lorsque la cotisation paritaire entière inscrite au compte individuel du salarié est atteinte par la prescription, la caisse de compensation en subit un dommage que l'employeur est tenu à réparer conformément à l'article 52 LAVS (3).

e) Il se pourrait que la cotisation de salarié n'ait pas été retenue sur le salaire, parce que les intéressés ont conclu entre eux une convention portant versement d'un salaire net. Les solutions susindiquées doivent être également retenues en pareil cas. Mais le fardeau de preuve de l'existence d'une telle convention incombe au salarié qui s'en prévaut, et non pas à l'employeur (4).

SECTION II. — En droit français

§ 1.— LE SALARIÉ

La distinction du travailleur dépendant et du travailleur indépendant et la question de l'affiliation obligatoire au régime général de la Sécurité sociale.

Aux termes de l'article 241 CSS (art. 2 de l'ordonnance du 19 octobre 1945), "sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales, quel que soit leur âge..., toutes les personnes... salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs, et quels que soient le montant et la

s'adresser directement au salarié en cas de faillite de l'employeur, v. ATFA, 26 janv. 1963, cons. 3, RCC, 1963, p. 351.

(1) V. *infra*, p. 108.

(2) V. les arrêts du TFA des 13 et 14 juil. 1956, précités. Monsieur le Professeur AUBERT est d'avis que les arrêts en question sont d'une construction juridique assez singulière.

(3) "L'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas ces prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation"; sur la notion de dommage et de négligence grave de l'employeur, v. ATFA, 4 juillet 1957, RCC, 1957, p. 411; RCC, 1960, p. 22.

(4) V. ATFA : 14 juillet 1956 et 6 juillet 1957, RCC, 1957, p. 407, 409.

nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat”(1).

Ainsi qu'on peut remarquer, la question des conditions de l'affiliation obligatoire au régime général n'est en réalité que celle de la détermination de la qualité de salarié. Ce dernier étant le seul affilié obligatoire et en même temps le seul bénéficiaire du régime(2), sa détermination constitue la question la plus fondamentale du droit français de la Sécurité sociale. Dès que la personne, jouissant de la qualité de salarié et partant obligatoirement affiliée au régime, est déterminée, il en découle l'obligation incombant à elle et à son employeur, de payer des cotisations.

L'existence d'une jurisprudence abondante en cette matière fait preuve de l'insuffisance du texte précité pour de nombreux cas frontières. Cette jurisprudence constitue une source importante de droit qui vient renforcer les dispositions légales(3). Néanmoins, les problèmes soulevés dans ce domaine n'ont pas encore trouvé leur dernière solution. Le centre de ces problèmes se trouve dans le conflit, maintenant devenu traditionnel, entre le critère de subordination juridique résultant du contrat de travail et celui de dépendance économique d'un employeur.

Le critère de dépendance économique prit une importance particulière depuis le début de la dissociation entre assurances sociales et contrat de travail par le décret-loi du 25 oct. 1935(4). Cette importance fut encore augmentée par la teneur de l'article 2 de l'ordonnance du 19 oct. 1945 (art. 241 CSS). En effet, les conditions de l'affiliation obligatoire mentionnées par cet article ne pouvaient correspondre qu'à une dépendance économique.

La "dépendance économique" n'a pourtant pas trouvé une libre acceptation en droit de la Sécurité sociale, ne serait-ce qu'en raison des imprécisions inhérentes au sens même de ce concept. En effet, au sens large, ce concept pourrait correspondre à un aspect de l'interdépendance économique des gens dans la société contem-

(1) L'article 415 CSS (art. 2 de la loi du 30 oct. 1946), qui détermine les assujettis à l'assurance d'accidents du travail et maladies professionnelles, est rédigé dans les termes voisins; et l'article 514 CSS (art. 8 de la loi du 20 mars 1954), concernant les allocations familiales, renvoie à la définition de l'art. 241 (et 242) pour l'application aux "salariés" des dispositions de cette branche. A de très rares exceptions près, le travailleur dépendant est le même au regard de toutes ces législations.

(2) Abstraction faite toutefois des allocations familiales dont le champ d'application s'étend à l'ensemble de la population (art. 511 CSS).

(3) Pour une analyse détaillée et systématique de la jurisprudence de la Cour de cassation, v. J.-J. DUPEYROUX, *Les conditions de l'affiliation obligatoire au régime général de la Sécurité social*, D., 1962, Chron., p. 179 et s.

(4) L'ordonnance du 19 oct. 1945 détermine la dissociation définitive du droit des assurances sociales et du droit du travail.

poraine par opposition à l'autarcie⁽¹⁾. Au sens étroit, il signifierait la dépendance d'un salarié de son employeur, pour en tirer son unique moyen d'existence, en contrepartie de son travail entièrement absorbé par ce dernier. Cette signification étroite du terme avait été alléguée par une partie de la doctrine, au début du siècle, comme une notion pouvant remplacer celle de la subordination juridique dans le contrat de travail. Cette proposition recueillit la désapprobation des auteurs hostiles à une caractérisation du contrat de travail par la dépendance économique, élément étranger à celui-ci⁽²⁾. Mais le sens fut utilisé dans les assurances sociales, comme interprétation du terme "salarié" sur le plan économique; il correspondait alors à l'état des personnes dites économiquement faibles, censées devoir être protégées contre les risques sociaux.

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 19 oct. 1945, une tendance s'est illustrée dans la juridiction inférieure, à faire usage du critère de la dépendance économique au sens relativement large. Cette tendance pourrait avoir pour cause, d'une part, la suppression dans le nouveau régime de la limitation d'assujettissement aux travailleurs de condition modeste, et, d'autre part, la tentative d'un acheminement graduel, par la voie juridictionnelle, vers une extension de la Sécurité sociale. Cette tentative a été encouragée par le sens très large de l'article 2 de l'ordonnance. La Haute juridiction n'a toutefois pas donné sa pleine approbation à cet usage. La dépendance économique ne peut pas constituer un critère suffisant pour justifier l'affiliation obligatoire. Pour cette justification, il faut qu'il existe en plus, selon les termes de la Cour de cassation, un "lien de subordination d'employé à employeur" entre la personne qui fournit le travail et celle qui paie la rémunération⁽³⁾.

Ce "lien de subordination d'employé à employeur" constituerait, selon nous, un critère, employé par la Cour de cassation, pour concrétiser et limiter le sens abstrait et presque illimité de la dépendance économique. En effet, la Haute juridiction n'a jamais expressément consacré le critère de la dépendance économique. Mais celui-ci serait lié au critère de la "subordination d'employé à employeur", qui devrait indiquer, selon la logique des choses, une

(1) V. J.-J. DUPEYROUX, chronique précitée.

(2) L'idée fut lancée par P. CUCHE, dans *"Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail"*, *Rev. crit.*, 1913, p. 412; v., sur ce sujet, P. DURAND et A. VITU, *Traité de droit du travail*, 1950, t. 2, no. 136, p. 240, et bibliographie citée; v. aussi A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, p. 247-248; G. LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail et de sécurité sociale*, no. 233; etc.

(3) S'agirait-il là d'une subordination d'ordre juridique? La question est posée par M. J.-J. DUPEYROUX qui, après une analyse minutieuse de la jurisprudence, y répond positivement. Certaines réserves sont toutefois exprimées. V. chronique précitée, note 27.

certaine dépendance économique dont la définition est difficile et hasardeuse. Ainsi les juges du fond, pour justifier un cas d'affiliation obligatoire, s'en tiendront au seul "lien de subordination d'employé à employeur" qui pourrait exister entre les personnes en cause. L'existence d'un tel lien est laissée à l'appréciation souveraine de ces juges, qui tiendront compte des circonstances de droit ou de fait du cas.

Le "lien de subordination d'employé à employeur" n'est pas défini explicitement par la Cour de cassation. Son existence est toujours déduite d'éléments très divers, pouvant démontrer une ingérence de droit ou de fait de l'un dans les modes d'exécution du travail de l'autre⁽¹⁾. Une présomption peut parfois remplacer une référence directe à cette ingérence. Il faut aussi noter que le degré de cette ingérence, qui fait perdre à l'intéressé son indépendance, est une affaire d'appréciation très délicate.

§ 2.— LES CAS D'EXTENSION DU PRINCIPE(2)

L'article 242 CSS (art. 3 de l'ordonnance du 19 oct. 1945) étend l'obligation d'assujettissement découlant de l'article 241 à un certain nombre de personnes, "même si elles ne sont pas occupées dans l'établissement de l'employeur ou du chef d'entreprise, même si elles possèdent tout ou partie de l'outillage nécessaire à leur travail, et même si elles sont rétribuées en totalité ou en partie à l'aide de pourboires".

L'article 3 de l'ordonnance du 19 oct. 1945, dans son texte initial, donnait une énumération non limitative de ces personnes, dans l'intention d'éviter toute controverse à leur sujet. Depuis lors, plusieurs cas d'extension jurisprudentielle ont été insérés dans cette liste. Parmi ces extensions, les cas suivants, vu leur importance particulière, méritent d'être évoqués:

1. Les travailleurs à domicile soumis aux dispositions des articles 33 et suivants du Code du travail: leur cas présente une application du critère de la dépendance économique au sens étroit du terme. C'est d'ailleurs au sujet de ces travailleurs que fut soulevée la controverse sur la question de savoir si on pouvait substituer au critère de la subordination juridique celui de la subordination économique, en droit du travail (3). Le texte initial ne visait que ceux qui travaillaient "habituellement et régulièrement pour le compte d'un ou plusieurs chefs d'entreprises". Cette restriction fut levée par une

(1) Cela n'exclut pas des arrêts dissidents, dans lesquels la Haute juridiction ne relève pas expressément cette ingérence pour admettre l'affiliation. V. J.-J. DUPEYROUX, chronique précitée, notes 21 et 28.

(2) V. les articles 242, 242-1, 242-3 CSS.

(3) V. *supra*, p. 53-54; cf. G. LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail et de sécurité sociale*, no. 233.

ordonnance du 7 janv. 1959. Seul le travailleur à domicile inscrit au registre des métiers n'est pas affilié⁽¹⁾.

2. Les voyageurs et représentants de commerce soumis aux dispositions de l'article 29 K et suivant, Livre 1, Code du travail : cet article 29 K vise les voyageurs et représentants de commerce dont les conditions de travail correspondent à celles déterminées par ce même article. Il en résulte une assimilation de leur contrat au contrat de travail. Le cas de ceux auxquels cet article est inapplicable sera examiné dans le cadre de l'article 241 CSS. Ils seront obligatoirement assujettis s'ils exercent leur profession dans les circonstances de droit ou de fait caractérisant un état de subordination ou de dépendance⁽²⁾.

3. Les courtiers, inspecteurs et autres agents non patentés des entreprises d'assurances (art. 242-2^o), effectuant leur travail dans les conditions indiquées par cette disposition. Le texte parle seulement des agents non patentés, excluant apparemment des agents patentés de l'assujettissement. La Cour de cassation en a toutefois décidé différemment en statuant que la patente n'est pas exclusive d'un lien de subordination⁽³⁾.

4. Les gérants non salariés de coopératives et les gérants de dépôts de sociétés à succursales multiples : l'assujettissement de ces gérants a été l'objet d'une controverse en ce qui concerne leur définition⁽⁴⁾. Il existe deux textes particuliers qui pourraient leur être applicables :

— Une loi du 21 mars 1941 qui vise, sous quelques conditions, les personnes dont la profession consiste essentiellement à vendre des marchandises, ou à recueillir des commandes, à recevoir des objets à traiter, etc... pour le compte d'une entreprise industrielle ou commerciale⁽⁵⁾.

(1) V. Lyon, 19 mars 1963, J.C.P., 1964, 13564, note xxx, cité par J.-J. DUPEYROUX, *Sécurité sociale*, p. 224, note 3.

(2) V. P. VOIRON, *Dr. soc.*, 1961, p. 508.

(3) V. Cass., 16 oct. 1953, 30 oct. 1953, 20 nov. 1953, *Rev. gén. assur. terr.*, p. 55, note A. BESSON, cité par A. ROUAST et P. DURAND, *op. cit.*, p. 202; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 224.

(4) V. J.-J. DUPEYROUX, chronique précitée, note 19, sur l'affaire Prénatal; cette affaire, commencée en 1959, a donné lieu à une divergence de vue entre la Cour de cassation et les instances inférieures; la Cour suprême n'a pas encore rendu son jugement définitif, par ses chambres réunies, sur cette affaire.

(5) Bien que cette loi relève du domaine de la législation du travail, on croit pouvoir l'étendre au domaine de la Sécurité sociale des salariés. Cette question a fait l'objet d'une note de N. CATALA sur une décision prise par la commission de première instance de Paris (D., 1964, p. 618). Dans cette décision, les dépositaires d'une entreprise de blanchisserie sont déclarés dépourvus d'un lien de subordination au sens de l'art. 241 CSS. Or, selon N. CATALA, la commission aurait dû aboutir à

— Une loi du 3 juillet 1944 sur les gérants non salariés des sociétés à succursales et de coopérative de consommation, qui statue que ces gérants, bien qu'ayant la situation et les obligations d'un chef d'entreprise à l'égard de leur personnel, bénéficient des avantages accordés aux salariés en matière d'assurances sociales.

5. Les dirigeants de sociétés : le contrat de mandat et le contrat de société n'excluant pas un lien de subordination, la question fut posée, si on pouvait soumettre certains dirigeants de société à l'assurance obligatoire. La jurisprudence a été amenée à l'admettre (1). Une loi du 28 mai 1955 trancha la question. Les gérants de sociétés à responsabilité limitée, non majoritaires, y étaient déclarés assujettis, sous quelques conditions. Cette loi fut modifiée par une ordonnance du 7 janvier 1959, qui simplifia les conditions d'assujettissement de ces gérants (art. 242-8^o). Ils sont affiliés à la seule condition qu'ils ne possèdent pas ensemble plus de la moitié du capital social (2).

Un arrêt de la Cour de cassation souleva une controverse à propos de gérants de S.A.R.L. Cet arrêt statue que l'article 242 CSS "se suffit à lui-même", et, comme conséquence de cette autonomie, l'existence d'une rémunération n'est pas indispensable pour l'affiliation des gérants susmentionnés, parce que cette condition n'est pas mentionnée dans cet article (3). Cette position de la Cour suprême, qui allait à l'encontre de celles prises par la plupart des juridictions du fond, créa une divergence dans la jurisprudence (4). Les chambres réunies ont été amenées à trancher cette

une solution contraire en faisant appel à la loi susmentionnée qui s'applique directement aux dépositaires. La Cour de cassation se décide, pour la première fois, à faire application de cette loi à des vendeurs de billets de loterie nationale. Cette décision est susceptible d'entraîner un élargissement du cercle des affiliés au régime général. (V. Cass., 14 décembre 1966, D., 1967, p. 225, note J.-J. DUPEYROUX).

(1) V. Ch. FREYRIA, *L'affiliation à la Sécurité sociale des dirigeants des Sociétés commerciales*, Dr. soc., 1953, p. 38, et 110; et G. FRIEDEL, *L'assujettissement de certains dirigeants de sociétés à la Sécurité sociale*, Dr. soc., 1956, p. 168 et s., p. 307 et s.

(2) *Ibid.*

(3) V. Cass. civ., 16 juin 1962, D., 1963, p. 42, note J. M.; la Cour de cassation, dans un arrêt important (Cass. civ., 6 mars 1963, Dr. soc., 1963, p. 382, observations LYON-CAEN), confirme son point de vue exprimé dans l'arrêt précédent; on pourrait justifier la position de la Cour suprême en lui attribuant l'intention de fermer la porte à toutes sortes de fraudes et de discussions sans fin que pourrait susciter la question peu claire de la rémunération des gérants de S.A.R.L. (V. observations LYON-CAEN sous l'arrêt précité); d'autre part, l'utilité pratique de telles affiliations paraît douteuse, parce qu'elles ne peuvent donner naissance, faute de rémunération, à aucune cotisation (J.-J. DUPEYROUX, *Sécurité sociale*, op. cit., p. 226).

(4) La cour de Paris, en opposition avec la jurisprudence de la Cour de

divergence. Elles ont rejeté la thèse de l'autonomie de l'article 242 CSS, et ont statué que les gérants de sociétés non rémunérés ne doivent pas être assimilés aux salariés et sont par conséquent exclus de l'affiliation obligatoire au régime général (1).

En ce qui concerne les présidents directeurs généraux des sociétés anonymes (art. 242-9^o), la loi du 28 mai 1955 a purement et simplement confirmé la décision de la Cour suprême, qui les avait considéré comme travailleurs dépendants (2), en y joignant les directeurs généraux adjoints. L'ordonnance du 7 janvier 1959 n'y a rien modifié.

§ 3. — LE CAS D'EXTENSION DU PRINCIPE AU CONJOINT

L'existence d'un lien conjugal n'est pas exclusive de celle d'un "lien de subordination d'employé à employeur". L'article 241 CSS est applicable au cas d'une femme qui travaille pour son mari. Cependant, pour que ce lien de subordination puisse être établi, il faut que soient remplies deux conditions prévues par l'article 243 CSS (art. 16, loi de finances du 14 avril 1952):

— Le conjoint doit participer effectivement à l'activité de l'entreprise à titre professionnel et constant;

— Son salaire doit correspondre au salaire normal de sa catégorie professionnelle et être au moins égal au salaire minimum interprofessionnel garanti.

Pour élucider cette question, il faut rappeler que, dans le régime général, si l'un des conjoints est salarié et partant assuré social, l'autre a le droit de profiter de son assurance maladie (art. 283 et 285 CSS). Ainsi, si un contrat de travail existait entre les époux, l'épouse travaillant comme salariée de son mari (non assuré) aurait intérêt à invoquer cette qualité, pour être affiliée au régime général. D'autre part, les conjoints seraient tentés de profiter abusivement de cet avantage en concluant entre eux un contrat de travail purement fictif. Les conditions précitées sont prévues pour empêcher cet abus.

Un autre aspect problématique de cette question se présente lorsque le conjoint d'un assuré travaille effectivement pour lui, mais sous le couvert d'entraide familiale. Ainsi, il bénéficierait de l'assu-

cassation, estime que la condition d'activité rémunérée est l'élément primordial et nécessaire de l'affiliation (Paris, 23 févr. 1963, D., 1963, p. 274, note J. M.; S., 1963, p. 241). Saisie sur renvoi après cassation, la cour d'Orléans se rallie à la position de la cour de Paris (Orléans, 25 oct. 1963, D., 1964, p. 12, note J. MINJOZ; S., 1964, p. 23).

(1) V. Ch. réun., 24 juin 1966, D., 1967, p. 137, note N. CATALA-FRANJOU; Cass. soc., 11 janv. 1967, D., 1967, p. 225, note J.-J. DUPEYROUX.

(2) V. Cass., 19 juillet 1951, D., 1952, p. 1, note G. RIPPET; S., 1952, p. 60, note xxx

rance maladie, et augmenterait les charges de cette dernière, tout en ayant des ressources propres, qui lui permettrait de faire face aux dépenses qu'entraîne sa maladie. L'article 285 CSS prévoit les cas où le conjoint travaillant pour le compte de l'assuré ne peut pas prétendre aux prestations de l'assurance maladie. Toutefois, dans certains cas, la distinction de l'entraide conjugale et l'activité professionnelle véritable reste une question délicate (1).

§ 4. — L'EMPLOYEUR ET SES OBLIGATIONS DU PRÉCOMPTE ET DU VERSEMENT EN TANT QUE DÉBITEUR DE COTISATIONS

La détermination de la qualité d'employeur ne soulève pas de difficultés particulières dans le régime général de la Sécurité sociale. L'attribution de qualité de travailleur dépendant à un individu, pour le soumettre aux assurances sociales, implique nécessairement la désignation de la personne envers laquelle cette dépendance existe. L'employeur, dans le régime général de la Sécurité sociale, pourrait être défini comme la personne, physique ou morale, occupant un ou plusieurs travailleurs dépendants, qualifiés comme tels au sens de l'article 241 et s. CSS.

L'employeur est débiteur des cotisations ouvrières et patronales envers des caisses de Sécurité sociale. La cotisation due par le salarié au titre des assurances sociales n'est pas perçue directement de lui-même. Elle est perçue par le procédé particulier du précompte dont l'application incombe à l'employeur. Le précompte substitue les employeurs aux salariés, comme débiteurs de la Sécurité sociale. Ainsi, il constitue pour l'employeur non seulement une obligation, mais également un droit. L'article 124 CSS statue que le salarié ne peut pas s'opposer au prélèvement de sa cotisation par l'employeur. Selon le même article, le paiement de sa rémunération après ce prélèvement vaut acquit de cette contribution à l'égard du salarié de la part de l'employeur.

Le précompte est la première obligation de l'employeur en tant que débiteur des cotisations. Il en est responsable, même en ce qui concerne les travailleurs tenus de s'immatriculer eux-mêmes (2) aux caisses de Sécurité sociale; cela, à partir du moment où l'immatriculation commence à produire ses effets.

L'obligation du précompte disparaît lorsque l'assuré est rétribué par des sommes qu'il perçoit directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboires. Dans ce cas, l'assuré est tenu de verser lui-même sa contribution entre les mains de l'employeur. La

(1) Sur cette question, v. A. ROUAST, *Entraide familiale et Sécurité sociale*, D., 1959, Chron., p. 9; sur le problème du conjoint, v. observations P. VOIRIN, *Dr. soc.*, 1960, p. 576, et 1961, p. 59 et 371; aussi A. ROUAST et P. DURAND, *op. cit.*, no. 132; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, no. 147.

(2) V. *infra*, p. 67.

violation de cette obligation est une cause de résiliation du contrat de travail (art. 125 CSS).

L'employeur est considéré comme ayant procédé au précompte, au cas où un salaire net est convenu entre lui et le salarié; et lui sont applicables, même en ce cas, les pénalités prévues contre le détournement du précompte⁽¹⁾.

L'employeur est responsable du versement des cotisations tant ouvrières que patronales dans un certain délai. Cette responsabilité ne souffre aucune exception. Elle ne peut faire l'objet d'aucune transaction, et toute convention entre employeur et salarié dérogeant à ce principe serait nulle.

Le paiement des cotisations est garanti, d'une part, par une prérogative sur les biens de l'employeur⁽²⁾ et, d'autre part, par des sanctions civiles contre celui-ci en cas de paiement tardif de sa dette. En plus de majoration de retard les caisses ont, dans certain cas, le droit d'exercer un recours particulier contre l'employeur retardataire. Cette dernière éventualité provient du fait que le retard dans le paiement des cotisations, dans le régime général, ne cause pas de préjudice au salarié. Les caisses sont tenues d'effectuer le versement des prestations sans que l'assuré ait à justifier du versement d'aucune cotisation⁽³⁾. Mais cette situation peut causer un préjudice aux caisses. Ces dernières, selon l'article 160 CSS, peuvent, à certaines conditions, recourir contre l'employeur pour obtenir le remboursement des prestations servies par elles lorsque les cotisations, échues antérieurement à la date de réalisation du risque ou du règlement des prestations, ont été payées postérieurement à cette date⁽⁴⁾.

(1) Cass. crim., 9 juil. 1953, D., 1954, p. 57, rapport M. PATIN.

(2) Cette prérogative, instituée à l'origine par l'ordonnance du 4 oct. 1945, était assez étendue et produisait effet indépendamment de toute publicité. Elle souleva de vives protestations de la part des industriels et commerçants, tant par son étendue que par son caractère occulte. La réforme fut opérée par la loi du 1^{er} septembre 1951. Elle fut complétée par les décrets du 4 janvier et 20 mai 1955, concernant la réforme du régime foncier. Actuellement, les articles 138 et 139 CSS contiennent les règles relatives à ce privilège, v., sur ce sujet, P. DURAND, *Etranges innovations en droit hypothécaire*, D., 1952, Chron., p. 1; aussi A. ROUAST et P. DURAND, *op. cit.*, no. 88; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, no. 323.

(3) A l'exception toutefois des prestations pour le risque vieillesse. Celles-ci sont fondées sur un principe contributif.

(4) De nombreuses discussions ont été faites sur le fondement juridique et les conditions d'application de l'article 160 CSS (art. 52 de l'ordonnance du 4 octobre 1945). Le texte de cet article, apparemment clair, est dans le fond très obscur. Il est susceptible d'une multiplicité d'interprétations; ce qui a suscité un grand nombre de procès. La Cour de cassation a été amenée à préciser la portée de cet article. On peut toutefois remarquer la subsistance d'un sentiment d'insatisfaction parmi ceux qui s'intéressent à la question. V., sur ce sujet, J.-J. DU-

Aux cas de non paiement des cotisation dans les délais légaux, les caisses peuvent recourir aux différentes procédures pour le recouvrement des cotiations dues par l'employeur(1).

Enfin, des sanctions pénales sont prévues contre l'employeur qui ne s'est pas conformé aux prescriptions de la législation de Sécurité sociale(2).

SECTION III. — Comparaison

§ 1. — LA DISTINCTION ENTRE LE TRAVAILLEUR DÉPENDANT ET LE TRAVAILLEUR INDÉPENDANT

Cette distinction, en droit suisse et en droit français, est faite pour des raisons différentes. Dans le régime de l'AVS, qui englobe l'ensemble de la population, elle est motivée, d'une part, par la différence qui existe entre les procédés de la perception des cotisations de ces travailleurs et, d'autre part, par le fait que les travailleurs dépendants bénéficient de la cotisation d'employeur. Dans le régime général propre aux salariés, cette distinction doit être faite pour la qualification de travailleur dépendant afin de l'assujettir au régime. La question revêt une très grande importance en droit français parce qu'elle détermine les conditions d'affiliation au régime général.

Les critères de dépendance économique et de subordination organique ont été consacrés par la jurisprudence des deux pays. En droit suisse, les deux critères sont bien définis. En droit français, en revanche, le dépendance économique n'a même pas été l'objet d'une référence directe de la part de la Cour suprême. Seules certaines cours d'appel s'y sont référées. Le "lien de subordination d'employé à employeur", auquel la Haute juridiction française se réfère constamment, n'a jamais été expressément défini dans ses arrêts.

Il faut noter que la situation sociale des assurés est un facteur

PEYROUX, *L'affaire "L'accueil touristique" et l'article 160 du Code de la Sécurité Sociale*, D., 1961, Chron., p. 13; observations VOIRIN, *Dr. soc.*, 1961, p. 256; note LYON-CAEN, *Dr. soc.*, 1961, p. 317; J. JUTTARD, *Gaz. Pal.*, 1961 2, Doctr., p. 51; note M. MEURISSE, *Dr. soc.*, 1964, p. 381; note J. MINJOZ, D., 1965, p. 833.

- (1) Il existe trois procédures de recouvrement forcé qui peuvent être déclenchées contre l'employeur : l'une est celle selon laquelle les organismes de Sécurité sociale peuvent saisir les commissions du contentieux d'une action en recouvrement. Les deux autres procédures, plus rapides et efficaces, sont inspirées par les techniques du droit public. La première est celle de l'état exécutoire, dite procédure sommaire (art. 165-166 CSS), dont l'usage se fait de plus en plus rare. La deuxième est la procédure dite de la contrainte (art. 167 CSS). La contrainte rendue exécutoire par cette procédure comporte tous les effets d'un jugement, et est assortie de l'hypothèque judiciaire (art. 167-1 CSS; Ord. 7 janvier 1959).
- (2) V. articles 151 et s. CSS.

important, bien que non décisif pour la détermination des travailleurs dépendants en droit suisse. En revanche, ce facteur n'entre pas en ligne de compte en droit français. Ici, la détermination de la qualité de salarié n'a d'autre but que d'assujettir ce dernier au régime général. Dès que le "lien de subordination d'employé à employeur" est établi, il est dans l'intérêt même du régime que son affilié jouisse d'une situation sociale qui donne lieu aux cotisations les plus élevées. En conséquence, on comprend pourquoi une définition de dépendance économique, qui pourrait servir de critère pour l'affiliation obligatoire au régime général, serait extrêmement hasardeuse en droit français. En droit suisse, la question se pose différemment: dans l'AVS, il s'agit de déterminer si une personne doit être astreinte au paiement des cotisations de 2 ou 4%. Or il est normal que la situation sociale de l'intéressé dans les cas-limites puisse peser sur la décision des juges. Elle pourrait ainsi restreindre la portée du critère de la dépendance économique et influencer celui de la subordination dans l'organisation du travail.

§ 2. — L'EMPLOYEUR

Dans l'un et l'autre droit, la désignation de l'employeur a pour but la détermination de la personne à laquelle incombent les obligations légales de paiement des cotisations ouvrières et patronales.

Il faut constater que les obligations d'employeur en tant que débiteur des cotisations sont plus étendues dans le régime général que dans le régime de l'AVS. Dans le premier, l'employeur se substitue au salarié comme débiteur des cotisations ouvrières envers la Sécurité sociale, tandis que, dans la seconde, le salarié est, selon l'avis du TFA, le débiteur de ses cotisations à l'égard de l'AVS.

La prise de position du TFA dans cette matière, dont nous avons parlé en détail aux pages précédentes, est très significative, si on tient compte du fait que dans l'AVS l'octroi des prestations est étroitement lié au paiement des cotisations. Tandis que toute la responsabilité du versement des cotisations paritaires entières est portée sur l'employeur, le salarié reste néanmoins débiteur de sa propre cotisation à l'égard de l'AVS. Ainsi, il y aura toujours un dernier moyen de récupérer les cotisations non déduites et non payées⁽¹⁾, et cela est sans doute dans l'intérêt du salarié. Par conséquent, il n'y a pas lieu de préconiser dans l'AVS l'exemple de l'article 124, 2ème al., du Code français de la Sécurité sociale⁽²⁾, comme certains ont tenté de le faire⁽³⁾.

(1) V. *supra*, p. 50.

(2) V. *supra*, p. 59.

(3) V. RCC, 1958, p. 76.

CHAPITRE IV

LA NAISSANCE DU RAPPORT DE COTISATION ⁽¹⁾

SECTION I. — En droit suisse

Le rapport de cotisation dans l'AVS prend naissance dès que les conditions d'obligation de cotiser sont remplies. Ces conditions sont:

— Les conditions d'assujettissement obligatoire à l'AVS (le domicile - l'activité lucrative).

— La condition d'âge qui détermine le début de la période pendant laquelle le rapport de cotisation peut être établi.

§ 1.— LES CONDITIONS D'ASSUJETTISSEMENT OBLIGATOIRE A L'AVS

a) Le domicile

Le domicile est la condition prédominante d'assujettissement à l'AVS. L'article 1, 1er alinéa, lettre a, l'AVS statue que toutes les personnes physiques qui ont leur domicile civil en Suisse sont obligatoirement assurées⁽²⁾. La loi ne fait pas de distinction entre ressortissants suisses et étrangers à cet égard.

La notion de domicile en droit de l'AVS est la même qu'en

(1) Nous ne parlons pas dans ce chapitre de la naissance du rapport de cotisation dans l'AVS facultative (art. 2 l'AVS).

(2) Cette obligation générale d'assurance résultant de la condition de domicile souffre trois cas d'exemption :

1. — Pour les ressortissants étrangers qui bénéficient de privilèges et d'immunités diplomatiques ou d'exemptions fiscales particulières (art. 1, 2ème al., lettre a, LAVS; art. 1 RAVS).

2. — Pour les personnes qui ne remplissent la condition de domicile ou celle d'exercice de l'activité lucrative que pour une période relativement courte (art. 1, 2ème al., lettre 2, LAVS; art. 2 RAVS). Pour la notion de "période relativement courte", cf. RCC, 1959, p. 374.

3. — Pour les personnes pour lesquelles l'assujettissement à l'AVS constitue un cumul de charges trop lourd à cause de leur affiliation à une institution officielle étrangère d'AVS (art. 1, 2ème al., lettre b, LAVS; art. 3 et 4 RAVS). Cette dernière exemption présente plutôt un cas d'extinction du rapport de cotisation existant, qu'une condition empêchant la naissance de ce rapport. Cf., *infra*, l'extinction du rapport de cotisation. Il faut noter que la disparition complète des conditions permettant l'exemption donnera lieu à nouveau à la naissance du rapport de cotisation. Cf., sur ce point, ATFA, 4 sept. 1950, RCC, 1950, p. 417; ATFA, 27 déc. 1951, RCC, 1952, p. 87.

droit civil suisse. Les articles 23 à 26 du Code civil sont décisifs, en matière d'AVS, pour déterminer le domicile⁽¹⁾.

L'application de l'art. 1, 1er al., lettre a, LAVS soulève des problèmes sur le plan international. Pour les Suisses, le problème se pose à la suite d'abandon de leur domicile dans le pays pour l'acquisition d'un nouveau domicile dans un pays étranger, tandis que pour les étrangers, il s'agit de l'acquisition d'un nouveau domicile sur le territoire suisse. Peuvent être assimilés à ces derniers, les Suisses résidant à l'étranger qui désirent s'établir à nouveau dans leur pays.

Dans sa jurisprudence, le TFA déclare que la question de savoir si une personne a son domicile en Suisse ou à l'étranger doit être examinée uniquement à la lumière du Code civil suisse⁽²⁾. Il faut mentionner à cet égard l'art. 23, al 2, CCS, en vertu duquel "nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles", et l'art. 24, 1er al., CCS, selon lequel "toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau". Ces principes, propres au droit suisse, valent également lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne a son domicile unique sur le territoire suisse ou dans un pays étranger⁽³⁾. Cela étant, l'art. 23, 1er al., CCS, en vertu duquel "le domicile d'une personne se trouve là où celle-ci réside avec l'intention de s'y établir", trouve une application sur le plan international. D'après la jurisprudence du TFA, qui se base sur celle du TF, "l'intention, pour une personne, de s'établir durablement en un lieu" est la volonté de faire d'un lieu, et durant un certain temps, le centre de ses intérêts d'ordre familial, économique et professionnel⁽⁴⁾. Il faut chercher, dans chaque cas, les raisons qui motivent cette volonté de s'établir. Un séjour, même relativement de longue durée, à des fins d'études, de cure médicale, de vacances en un endroit, ne constitue pas le domicile (art. 26, CCS, art. 2, 1er al., lettre a, LAVS). On peut envisager l'éventualité d'un tel séjour en l'absence de l'intention de séjourner⁽⁵⁾. Cependant, un séjour

(1) V. ATFA, 3 juin 1949, RCC, 1949, p. 379; ATFA, 12 mai 1955, RCC, 1955, p. 265; ATFA, 20 mars 1957, RCC, 1957, p. 274; ATFA, 26 oct. 1957, RCC, 1958, p. 59.

(2) V. ATFA, 20 mars 1957, RCC, 1957, p. 274. Ainsi, on ne tient pas compte, dans l'AVS, des notions policières de séjour et d'établissement.

(3) *Ibid.*; v. aussi ATFA, 12 mai 1955, RCC 1955, p. 267.

(4) V. ATFA, 3 juin 1949, RCC, 1949, p. 377.

(5) V. ATFA, 26 octobre 1957, RCC, 1958, p. 59 : C'est le cas d'une femme mariée qui, ayant vécu longtemps en Suisse avec ses enfants, est empêchée par la maladie de rejoindre son mari à l'étranger; cette question a été aussi examinée dans cet arrêt à la lumière de l'art. 25, 1er al., CCS (domicile de la femme mariée) et de l'art. 170, 1er al., CSS; le TFA en s'appuyant sur ces articles, déclare que la femme en question en tant qu'épouse dont l'époux a son domicile à l'étranger, ne peut

effectué à des fins particulières et passagères pourrait servir d'occasion au séjournant de déplacer le centre de ses intérêts à l'endroit de séjour⁽¹⁾.

Dans l'examen de la question d'abandon ou de création d'un domicile, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances de chaque cas particulier, en se basant sur les éléments qui peuvent constituer, seuls ou en liaison avec d'autres éléments de la cause, un indice déterminant. L'application de ce principe peut être constatée dans tous les arrêts rendus par le TFA sur la question de domicile. Ainsi, une absence de longue durée du pays, suivant le cas, peut être — ou ne pas être — considérée comme un abandon de domicile⁽²⁾. Le TFA pose aussi un critère pour résoudre le problème soulevé par l'abandon d'un domicile à l'étranger afin d'en créer un nouveau en Suisse. Selon ce critère, une personne domiciliée à l'étranger est réputée avoir transféré son domicile en Suisse, lorsqu'elle a fait le voyage à destination de ce pays, ou que les circonstances spéciales permettent d'admettre qu'elle réside effectivement au lieu de son nouveau domicile⁽³⁾. Aucun motif ne saurait faire abstraction de cette "résidence effective" (élément de fait constitutif de la notion du domicile au sens de l'article 23, 1er al., CCS). Ainsi l'hypothèse de création d'un domicile par procuration sur le plan international est écartée par le TFA. Cette hypothèse peut être, tout de même, valable dans des cas tout à fait particuliers, lorsqu'il s'agit de savoir où une personne est domiciliée au moment de passer d'un continent à l'autre⁽⁴⁾.

Enfin, il faut parler de l'article 24, 2ème alinéa, CCS, qui prend une importance particulière dans l'AVS. Selon cette disposition le lieu de résidence est considéré comme lieu de domicile lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établi, pas plus que l'acquisition d'un nouveau domicile en Suisse. De cette manière, un réfugié politique qui réside en Suisse et n'est pas astreint à la quitter prochainement, est considéré comme ayant son domicile civil en Suisse, et cela malgré le fait qu'il y fait des études sans exercer aucune activité lucrative⁽⁵⁾.

pas avoir son propre domicile en Suisse.

(1) V. l'arrêt précité, sous note 2, page précédente.

(2) V. ATFA, 3 juillet 1952, RCC, 1952, p. 364 : abandon présumé du domicile à la suite d'une absence d'un an et demi du pays; et ATFA, 8 novembre 1952, RCC, 1952, p. 430 : l'abandon du domicile n'est pas présumé après une absence de onze mois.

(3) V. ATFA, 12 mai 1955, RCC, 1955, p. 268.

(4) *Ibid.* : exemple d'un ressortissant suisse domicilié aux Etats Unis d'Amérique qui, ayant envoyé sa famille à l'avance dans sa patrie en vue d'y prendre possession d'un appartement, abandonnerait quelque temps plus tard son domicile américain.

(5) V. ATFA, 21 décembre 1949, RCC, 1950, p. 182.

b) L'exercice d'une activité lucrative

La loi ne définit pas la notion de l'activité lucrative. Mais le TFA en essayant de définir le revenu de cette activité, nous en donne la définition suivante: "est réputée activité lucrative dans l'AVS toute activité qui procure un gain à celui qui l'exerce" (1). Ainsi, l'activité lucrative se définit à l'aide de son revenu. Or nous aborderons cette notion au chapitre 7, section 1, de cet ouvrage. Ici, nous nous bornons à étudier l'importance de cet élément et son rôle en tant que condition prédominante d'assujettissement à l'AVS.

L'exercice de l'activité lucrative, à elle seule, est la condition suffisante pour l'assujettissement obligatoire à l'AVS. Toute personne qui exerce une telle activité sur le territoire suisse, qu'elle ait son domicile civil dans ce pays ou à l'étranger, est obligatoirement assurée (art. 1, 1er al., lettre b, LAVS)(2).

L'activité lucrative exercée en dehors du territoire suisse par les ressortissants suisses établis à l'étranger motivera l'assujettissement obligatoire de ces personnes, si elles sont rémunérées par un employeur en Suisse (art. 1, 1er al., lettre c, LAVS). Cette disposition concerne l'exercice d'une activité lucrative dépendante, à laquelle échappent les étrangers. Par contre, les ressortissants suisses et étrangers domiciliés à l'étranger sont mis sur le même pied d'égalité en ce qui concerne l'exercice d'une activité lucrative indépendante en Suisse sous la forme d'une entreprise inscrite au registre du commerce. Ces personnes sont obligatoirement assujetties à l'AVS(3).

§ 2. — LA CONDITION D'ÂGE

L'élément d'âge constitue une condition supplémentaire pour la naissance du rapport de cotisation. Son rôle est de déterminer le début de la période au cours de laquelle les assurés doivent payer des cotisations. Ce début est fixé au 1er janvier de l'année civile suivant celle où l'assuré a accompli sa 17ème année, s'il exerce une activité lucrative (art. 3, al. 2, lettre a, LAVS). Cet âge est reporté au premier jour de l'année civile suivant celle où l'assuré a accompli sa 20ème année, dans tous les cas, sans égard au fait qu'il exerce ou n'exerce pas une activité lucrative (art. 3, al. 1, LAVS).

(1) V. notamment ATFA, 17 janv. 1953, RCC, 1953, p. 102.

(2) Les trois cas d'exemption mentionnés pour la condition de domicile sont aussi valables pour celle d'exercice de l'activité lucrative. Il faut noter que l'art. 1, 2ème al., lettre c, LAVS exempte simultanément de l'obligation d'assurance les personnes exerçant une activité lucrative ou ayant leur domicile civil en Suisse pour une "période relativement courte". Cf. *supra*, p. 63, note 2.

(3) V. ATFA, 18 févr. 1952, RCC, 1952, p. 245; ATFA, 17 mai 1963, RCC, 1963, p. 455.

SECTION II. — En droit français

Le rapport de cotisation dans le régime général de la Sécurité sociale prend naissance dès le commencement de l'exercice d'un travail dépendant, pour toute personne résidant en France⁽¹⁾, sans distinction de nationalité⁽²⁾.

Toutefois, dans le cas des assurances sociales, la naissance de ce rapport doit être concrétisée par l'opération de l'immatriculation. Celle-ci est une formalité administrative par laquelle une personne ayant rempli pour la première fois les conditions d'assujettissement est inscrite sur la liste des assurés sociaux. Il ne faut pas confondre l'immatriculation avec l'affiliation. Cette dernière ne désigne qu'une situation de droit résultant de la première. L'immatriculation consiste dans l'accomplissement des formalités d'entrée dans le système, alors que l'affiliation désigne les liens qui seront établis entre la personne immatriculée et une caisse particulière.

L'obligation de l'immatriculation incombe à l'employeur qui embauche un travailleur dépendant non encore immatriculé⁽³⁾. Il doit faire une déclaration à cette fin, dans les huit jours de l'embauchage, à la caisse primaire du lieu de travail⁽⁴⁾ (art. 1er, décret du 29 décembre 1945). L'obligation de l'immatriculation incombe au travailleur lui-même, s'il travaille pour plusieurs employeurs, ou s'il travaille occasionnellement ou par intermittence pour un même employeur (art. 2, décret précité). La caisse peut procéder à une immatriculation d'office lorsqu'aucune déclaration ne lui a été faite de la part des personnes susindiquées (art. 4, décret précité).

Le régime français fait de la résidence la condition, préalable à toute autre, de l'assujettissement obligatoire. Pour celui qui réside en France, l'exercice d'un travail dépendant⁽⁵⁾ est la condition nécessaire et suffisante pour la naissance du rapport de cotisation. La durée du travail n'a pas d'importance à cet égard. Le rapport naîtra, même s'il s'agit d'un essai professionnel de courte durée, préalable à l'embauchage dans l'entreprise, à la condition

(1) Abstraction faite des assujettis aux régimes spéciaux.

(2) V. les dispositions des art. 245 et 512 CSS en matière d'assurances sociales et d'allocations familiales des travailleurs étrangers. Toutefois, pour l'assujettissement obligatoire des travailleurs frontaliers qui ont leur résidence à l'étranger et leur travail en France, une convention de réciprocité avec le pays d'origine est exigée (art. 515 CSS).

(3) Sous la sanction de l'amende prévue à l'article 151 CSS.

(4) L'assuré doit être affilié à la caisse de son lieu de travail. Un changement de ce lieu entraîne obligatoirement le changement de la caisse. La nouvelle caisse procède à l'affiliation de l'assuré sur le vu de sa carte d'immatriculation, qui n'a pas à être renouvelée ni modifiée pour ce changement.

(5) V. *supra*, la notion de salarié.

toutefois que cet essai soit rémunéré⁽¹⁾. Mais, dans certains cas, l'activité professionnelle doit être "exclusive et constante" pour qu'elle puisse justifier l'assujettissement obligatoire (exemple : voyageurs et représentants de commerce statutaires)⁽²⁾. Enfin, lorsque l'exercice d'une activité dépendante est considérée comme le prolongement de l'activité principale relevant d'un régime spécial, la personne exerçant cette activité peut être exclue de l'assujettissement au régime général⁽³⁾.

Le critère de l'âge n'influe pas directement la naissance du rapport de cotisation. Sur le plan légal, l'obligation de poursuivre la scolarité jusqu'à l'âge de seize ans exclut avant cet âge, toute activité salariée et, partant, l'assujettissement. En cas d'une exception apportée à cette règle dans la pratique, l'affiliation doit être acquise (ex. : enfants qui participent à des représentations publiques, cadets de golfs)⁽⁴⁾.

SECTION III. — Comparaison

L'AVS suisse est un régime généralisé auquel est obligatoirement soumise toute personne domiciliée en Suisse qui exerce ou non une activité lucrative. Mais l'importance accordée dans ce régime à l'élément d'activité lucrative fait également de ce dernier une condition suffisante d'assujettissement obligatoire à l'AVS. Ainsi l'exercice d'une activité dépendante ou indépendante sur le territoire suisse par les personnes domiciliées à l'étranger donne aussi lieu à la naissance du rapport de cotisation.

Dans le régime général français de la Sécurité sociale, la résidence est la condition préalable à tout assujettissement obligatoire. Bien entendu, s'agissant d'un régime propre aux salariés, c'est l'exercice d'un travail dépendant qui constitue, après la résidence, la seule condition nécessaire pour la naissance du rapport de cotisation. L'élément d'âge, au contraire du régime généralisé de l'AVS, ne joue aucun rôle dans la détermination du début de ce rapport.

(1) Cons. d'Etat, Avis No. 258. 237, du 8 juil. 1952, cité par A. GETTING, *Cotisations de Sécurité sociale*, 1963, p. 19.

(2) V. l'article 29 K et suivants, livre 1er, Code trav., et l'article 242-2^o Code sec. soc.

(3) Pour la distinction entre l'activité considérée comme "le prolongement normal de l'activité principale" et l'activité accessoire à cette dernière, v. Cass., 25 oct. 1963, *Dr. soc.*, 1964, p. 255, observations LYON-CAEN.

(4) V. A. GETTING, *op. cit.*, p. 18.

CHAPITRE V

L'EXTINCTION DU RAPPORT DE COTISATION

SECTION I. — En droit suisse

Le rapport de cotisation, dans l'AVS, est susceptible de s'éteindre de manières suivantes:

— Par la disparition des conditions entraînant l'obligation de cotiser : le domicile - l'exercice de l'activité lucrative, l'âge.

— Par la réalisation des conditions permettant l'exemption de l'assurance obligatoire (mentionnées à l'art. 1, 2ème al., lettres a et b, LAVS).

§ 1. — LA DISPARITION DES CONDITIONS ENTRAÎNANT L'OBLIGATION DE COTISER

Le domicile - l'activité lucrative, l'âge

L'obligation de payer les cotisations prend fin lorsque l'assuré abandonne son domicile civil et cesse son activité lucrative en Suisse.

Il convient de rappeler qu'un changement de domicile n'entraîne pas en soi l'extinction du rapport de cotisation, si l'assuré continue à exercer son activité indépendante en Suisse, depuis son domicile à l'étranger. La cessation d'une activité lucrative n'entraîne pas non plus une libération de l'obligation de cotiser (sauf dans le cas des personnes entre 17 et 20 ans), si l'assuré garde son domicile civil en Suisse.

Il faut noter que le gain provenant de l'exercice d'un travail salarié ou indépendant en Suisse reste soumis aux cotisations, lors même que ce gain serait acquis après la cessation de l'obligation d'assurance (1).

L'obligation de payer les cotisations prend aussi fin lorsque naît le droit à une rente de vieillesse. Ce dernier prend naissance dès le premier jour du mois suivant celui où les hommes auront 65 ans révolus et les femmes 62 ans révolus, (art. 3, 1er al., LAVS). Selon cet article, le rapport de cotisation s'éteint au dernier jour du mois où les assurés ont accompli, les hommes leur 65ème année, les femmes

(1) V. RCC, 1959, p. 267.

leur 62ème année.

L'extinction du rapport de cotisation pourrait aussi se réaliser par la mort de l'assuré. Notons toutefois que les héritiers de ce dernier doivent répondre solidairement des cotisations dues par lui de son vivant sous réserves des articles 566, 589 et 593 du Code civil — jusqu'à la concurrence de leur enrichissement⁽¹⁾.

§ 2. — LA RÉALISATION DES CONDITIONS PERMETTANT L'EXEMPTION DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE⁽²⁾

L'article 1, 2ème al., lettre a, LAVS dispose que tous les ressortissants étrangers qui bénéficient de privilèges et d'immunités diplomatiques, ou d'exemptions fiscales particulières, sont exemptés de l'obligation d'assurance. Ceux-ci font l'objet d'une énumération à l'art. 1er RAVS⁽³⁾. A cet égard on peut se demander s'il ne pourrait arriver qu'un ressortissant étranger domicilié en Suisse et assujetti à l'assurance devienne membre officiel de son ambassade et, partant, soit exempté de l'obligation d'assurance. Bien que le TFA n'ait eu, jusqu'ici, à s'occuper d'une telle affaire, on ne peut pas écarter complètement la possibilité de cette éventualité lorsqu'il s'agit des employés locaux des ambassades étrangères, recrutés parmi leurs propres ressortissants, sur le territoire suisse.

L'article 1, 2ème al., lettre b, pose une condition importante d'extinction du rapport de cotisation. Selon cette disposition, les personnes pour lesquelles l'assujettissement à l'AVS constitue, à cause de leur affiliation à une institution officielle étrangère d'AVS, un cumul de charges trop lourd, sont exemptées de l'obligation d'assurance. La loi ne précise pas si elle vise là uniquement, les ressortissants étrangers. Il faut donc admettre que cette norme puisse être appliquée à toutes les personnes assujetties à l'AVS sur le territoire suisse. Mais, compte tenu du sens et de la logique de cette norme on peut déduire qu'elle vise en premier lieu les

-
- (1) V. ATFA, 1er avril 1953, RCC 1953, p. 213; ATFA, 15 novembre 1954, RCC, 1955, p. 36.
 - (2) L'article 1, 2ème al., lettre c, concernant l'exemption d'assurance des personnes ne remplissant que pour "une période relativement courte" les conditions de domicile et d'activité lucrative, n'entre pas ici en ligne de compte.
 - (3) Dans les conventions bilatérales de Sécurité sociale que la Suisse a conclues dernièrement avec d'autres Etats, cette exemption a été étendue à d'autres catégories de personnes, dont certaines se voient attribuer la faculté d'option pour se soumettre aux dispositions légales de la Suisse ou rester sous celles de leur propre pays. Cette faculté d'option est une dérogation à l'art. 1er LAVS. Cf. conv. du 14 décembre 1962, entre la Suisse et l'Italie, art. 5, lettres e et f, FF, 1963, vol. 1, p. 656; et conv. entre la Suisse et l'Allemagne, art. 8, al. 2 et 3, FF, 1965, vol. 1, p. 1638.

travailleurs étrangers et les frontaliers suisses⁽¹⁾. Ce point de vue se confirme par le fait que, dans presque tous les cas dont le TFA a eu, jusqu'ici, à s'occuper en relation avec cette norme, les sujets appartiennent à ces deux catégories de travailleurs. L'assurance facultative suisse (art. 2 LAVS) est exclue du champ d'application de cette disposition⁽²⁾.

La condition d'exemption à cause de la double charge trop lourde se compose de deux éléments cumulatifs:

- Etre affilié à une institution officielle étrangère d'AVS.
- Etre grevé d'un cumul de charges trop lourd.

a) L'affiliation à une institution étrangère d'AVS

La loi ne définit pas ce qu'elle entend par une telle institution. Mais le texte de la loi nous conduit à penser qu'il s'agit là d'une institution de caractère étatique, similaire à l'AVS suisse. Ce point de vue est confirmé par la jurisprudence du TFA⁽³⁾, qui avait même insisté sur le caractère obligatoire que doit avoir une telle institution⁽⁴⁾. Il a modifié par la suite sa jurisprudence sur ce dernier point, en déclarant que l'affiliation à une assurance étrangère peut être facultative aussi bien qu'obligatoire⁽⁵⁾.

L'article 4 RAVS assimile les institutions d'assurance vieillesse et survivants des organisations internationales mentionnées à son article 1er, lettre c, aux institutions officielles étrangères d'AVS. Cette assimilation peut s'étendre même, d'après le TFA, à une assurance de groupe conclue par une organisation internationale auprès d'une compagnie privée⁽⁶⁾. Cette réglementation ne concerne que les employés suisses travaillant dans les organisations internationales, pour leur attribuer le droit de bénéficier de la condition de double charge trop lourde. Le personnel étranger de telles organisations est exempté d'emblée de l'AVS suisse, conformément à l'article 1er, 2ème alinéa, lettre a, LAVS et l'article 1er, lettre e, RAVS.

b) La double charge trop lourde

D'après la jurisprudence du TFA, on doit admettre l'existence d'une double charge trop lourde, lorsqu'il est établi qu'une personne,

(1) V., dans ce sens, Message fédéral du 24 mai 1964 sur l'AVS, FF, 1946, vol. 2, p. 509 (commentaire sur l'art. 1er du projet de loi).

(2) V. ATFA, 17 déc. 1951, A.T.F.A., 1952, p. 29.

(3) V. ATFA, 10 juin 1949, RCC, 1949, p. 292; ATFA, 31 déc. 1949, RCC, 1950, p. 110.

(4) V. ATFA, 28 déc. 1948, RCC, 1949, p. 335.

(5) V. ATFA, 4 mai 1950, RCC, 1950, p. 295; ATFA, 8 mai 1957, RCC, 1957, p. 399.

(6) V. ATFA, 3 mars 1950, RCC, 1950, p. 185.

compte tenu de son revenu et de sa fortune d'une part, de ses charges de familles et de ses obligations d'entretien d'autre part, aura de sérieuses difficultés financières par suite du paiement simultané des cotisations à deux institutions d'assurance⁽¹⁾. L'expression de "sérieuses difficultés financières" et celle d'"embarras financier", employées par le TFA, sont susceptibles d'avoir un sens relatif. Elles n'impliquent en tout cas pas l'existence d'un état de gêne⁽²⁾. Pour faire le point, il incombe au juge⁽³⁾ de tenir compte minutieusement des circonstances particulières du cas et de la situation économique de la personne en cause dans son ensemble, y compris le revenu et la fortune du conjoint. Ainsi, dans un cas donné, un pourcentage du revenu peut constituer une double charge trop lourde, tandis que dans un autre cas, un pourcentage beaucoup plus élevé que le précédent pourrait être considéré comme supportable. Le TFA a laissé indécise la question de savoir si, dans le cas d'un cumul de cotisations qui n'expose pas l'assuré à de sérieuses difficultés financières, la double charge trop lourde peut néanmoins être admis⁽⁴⁾.

Il convient de signaler que l'exemption pour cause de double charge trop lourde, une fois accordée, éteint le rapport de cotisation avec effet rétroactif⁽⁵⁾. Elle ne s'étend pas à l'épouse de l'assuré, lorsque celle-ci est personnellement soumise à l'obligation de payer

-
- (1) V. ATFA, 4 juillet 1951, A.T.F.A., 1951, p. 173; ATFA, 8 mai 1957, RCC, 1957, p. 399.
 - (2) V. ATFA, 27 mai 1964, RCC, 1965, p. 33.
 - (3) L'article 3 RAVS laisse à l'intéressé la latitude de déposer une demande d'exemption pour cause de double charge trop lourde. Le TFA s'est penché, à quelques reprises, sur le problème de la compatibilité de cette réglementation avec l'article premier de la loi. En effet, l'affiliation à l'AVS, selon cette disposition, dépendrait dans une large mesure de la libre volonté de l'intéressé. V. ATFA, 27 décembre 1951, RCC, 1952, p. 87; ATFA, 7 janvier 1954, RCC, 1954, p. 109.
 - (4) V. l'arrêt cité sous note 2.
 - (5) Cet effet rétroactif, ayant pour but d'empêcher la possibilité d'un usage abusif des règles d'exemption, est accordé par le TFA. La possibilité d'abus pouvait se présenter lorsque, par exemple, un frontalier de nationalité allemande, après avoir payé les cotisations pendant cinq ans qui lui garantissait le droit à une rente AVS (aux termes de l'ancien accord germano-suisse du 24 oct. 1950), voulait se faire libérer du paiement des cotisations pour l'avenir, en alléguant la condition de double charge trop lourde (aux termes du chiffre 11 du protocole annexé à l'accord précité). L'exemption avec effet rétroactif a pour conséquence le remboursement de toutes les cotisations versées par l'intéressé, sous réserve de l'article 16, 3ème al., LAVS (prescription du droit à restitution de cotisations versées indûment). Cf. ATFA, 7 janvier 1954, RCC, 1954, p. 109 : le TFA avait refusé à la personne en cause, quelques années auparavant, l'octroi de l'exemption avec effet rétroactif, pour des raisons d'ordre administratif et actuariel. Cf. ATFA, 27 avril 1950, RCC, 1950, p. 245.

les cotisations du fait de l'exercice d'une activité lucrative⁽¹⁾.

Il faut constater que cette clause perd de son importance au fur et à mesure que la Suisse conclut des conventions bilatérales avec ses pays voisins dans lesquelles elle adopte des solutions nouvelles d'assujettissement à l'assurance, en tenant compte des développements intervenus dans le domaine de la Sécurité sociale internationale.

SECTION II. — En droit français

Le rapport de cotisation prend fin à la cessation des rapports de travail, quelle qu'en soit la cause (la mort, le licenciement⁽²⁾, etc.). Si le salarié continue à effectuer son travail, même l'ouverture du droit à une rente ou à une pension de vieillesse (65 ans) ne peut pas éteindre son rapport de cotisation⁽³⁾. Cette généralité souffre une exception dans le cas des assurés qui vont exercer leur activité professionnelle en dehors du territoire métropolitain. La condition de résidence n'étant plus remplie, ils sont exclus de l'assujettissement obligatoire malgré la continuité de leur activité⁽⁴⁾. Toutefois, les travailleurs qui effectuent des déplacements de courte durée hors du territoire national peuvent être maintenus, pendant un certain temps, sous le régime. Les procédures spéciales concernant ces déplacements ont été prévues dans les différentes circulaires ministérielles⁽⁵⁾. Elles sont plus ou moins simplifiées, selon qu'il s'agit des pays avec lesquels la France a ou n'a pas une convention de réciprocité, d'un département d'outre-mer, ou d'un Etat membre de la Communauté. La procédure la plus simple a été prévue dans le cadre des règlements de la Communauté économique européenne.

SECTION III. — Comparaison

Dans le régime général français, l'abandon par un assuré de son domicile civil en France équivaut à son exclusion du régime. Par contre, dans le régime de l'AVS, si l'assuré abandonne son domicile civil mais continue de travailler en Suisse, il reste soumis à l'assurance obligatoire. De plus, le caractère personnel du régime de l'AVS⁽⁶⁾ permet qu'un assuré, en tant que tel, ne perde pas néces-

(1) V. ATFA, 1er mars 1950, RCC, 1950, p. 183.

(2) L'article 253, alinéa 4, CSS oblige l'employeur à porter à la connaissance de la caisse compétente tout licenciement de personnel.

(3) Toutefois, le taux de sa cotisation sera ramené à 2 p. 100, tandis que le taux de la cotisation patronale restera le même (art. 123 CSS).

(4) Un autre cas d'extinction du rapport de cotisation sans la disparition du rapport de travail pourrait se présenter lorsqu'il est établi que l'assuré a été immatriculé à tort; alors l'immatriculation doit être annulée.

(5) V. A. GETTING, *op. cit.*, p. 20-21.

(6) Sur le caractère personnel ou territorial des législations de Sécurité sociale, v. *supra*, partie générale, p. 26.

sairement sa qualité par l'abandon de son domicile et la cessation de son travail en Suisse. Il a le droit de continuer son assurance à titre facultatif (art. 2, 2ème al., LAVS).

Sur le territoire du pays, c'est la cessation des rapports de travail qui met fin au rapport de cotisation dans le régime général. En revanche, dans l'AVS généralisée, cette cessation ne motive qu'un changement de statut de l'assuré qui continue d'être obligatoirement assujetti au régime.

Le rapport de cotisation ne cessera pas, dans le régime général, par l'ouverture du droit à une rente de vieillesse, si le salarié continue l'exercice de son travail. Dans l'AVS, ce fut ainsi jusqu'au 1er janvier 1957, date à partir de laquelle, selon la disposition révisée correspondante (art. 3 LAVS), le rapport de cotisation s'éteint dès l'ouverture du droit à la rente de vieillesse.

CHAPITRE VI

LA NATURE JURIDIQUE DES COTISATIONS

SECTION I. — En droit suisse

Pour autant que ce problème a été discuté en droit de l'AVS, à quelques exceptions près⁽¹⁾, la cotisation a été assimilée à une "contribution d'assurance"⁽²⁾. Cette assimilation, qui ne manque pas de séduction, ne résiste pas à une analyse approfondie. La cotisation d'AVS est une redevance de droit public. Sa perception est assurée par des organismes de droit public (caisses de compensation), dotés des moyens coercitifs ressortissant à ce droit. Selon les termes du TFA, le droit fiscal de la Confédération et des cantons ont inspiré, dans une large mesure, le régime légal des cotisations de l'AVS⁽³⁾. L'étude de ce régime nous révèle toutefois qu'il ne s'agit pas là seulement d'une inspiration, mais d'une transposition pure et simple des principes et des techniques du droit fiscal. Enfin, la cotisation AVS, étendue à toute la population, fait nécessairement partie d'un ensemble de recettes nationales. L'assimilation d'une telle redevance à une contribution d'assurance n'est qu'une apparence. En revanche, elle présente toutes les caractéristiques d'un vrai impôt.

Les promoteurs de la thèse "cotisation-contribution d'assurance" croient avoir le privilège d'un argument majeur, celui basé sur la fonction de la cotisation qui, disent-ils, n'est pas comparable à celle de l'impôt. Cette fonction consiste dans la formation d'une rente de vieillesse. Ils font aussi valoir, entre autres questions, que l'importance de cette fonction est la cause pour laquelle la créance de cotisation jouit d'un privilège en cas de faillite (art. 99 LAVS). Certaines prestations exemptes de l'impôt sont soumises à cotisation. Un assuré reconnu dispensé de l'impôt ne peut pas se prévaloir de cette exemption lorsque les cotisations d'AVS lui sont réclamées. La remise de cotisation, à l'opposé de la remise fiscale, pourrait être

(1) V. P. SAXER, *op. cit.*, p. 119.

(2) Le sens du terme "contribution d'assurance" doit être précisé. En réalité la cotisation AVS (surtout la cotisation patronale) est assimilée à la "charge préférentielle" (Vorzugslast). On entend par là une redevance qui est la contrepartie d'un avantage spécial résultant d'une activité publique. Nous avons préféré le terme de "contribution d'assurance", qui est clair et qui correspond mieux au sens de cette assimilation, à celui de "charge préférentielle", lourd et obscur en français.

(3) V. A.T.F.A., 1948, p. 82.

au détriment de l'assuré. L'interdiction de la double imposition par la constitution fédérale (art. 46 Const. féd.) ne se rapporte pas aux cotisations AVS, et la double obligation du paiement des cotisations (en Suisse et à l'étranger) est réglée en vertu d'une disposition spéciale (art. 1, al. 2, letter b, LAVS)⁽¹⁾.

La cotisation AVS est un impôt à destination spéciale. Elle est affectée au financement d'un service public qui est l'AVS. Sa fonction, qui s'exerce dans le cadre de cette affectation ne tient qu'au caractère spécial des prestations de vieillesse, qui sont traditionnellement alimentées par des contributions individuelles. Aucune autre prestation de Sécurité sociale n'est d'ailleurs comparable, sur ce plan, à celle de vieillesse. Les cotisations AI et APG, bien que perçues sous le même statut et en même temps que la cotisation AVS⁽²⁾, n'obéissent pas à la même règle que cette dernière en ce qui concerne leurs fonctions⁽³⁾. De plus, à partir du moment où d'autres tâches importantes, relevant du domaine de la Sécurité sociale, sont confiées aux caisses de compensation, le service des prestations de vieillesse n'apparaît que comme une tâche parmi d'autres, qui constituent l'ensemble d'un service public. Alors, la fonction spéciale de la cotisation AVS n'a plus aucune influence sur sa nature juridique. Celle-ci doit être déterminée en fonction des caractéristiques communes à toutes les cotisations, perçues sous le même statut et dans le même but (financement d'un service public), et non selon les fonctions différentes de chacune de ces cotisations.

Le privilège accordé à la cotisation AVS est, sans doute, dû à son importance en tant que formatrice de rente de vieillesse. Il n'en est pas moins vrai que la dette de cotisation, à l'instar de la dette d'impôt, ne peut pas susciter la déclaration de faillite de l'employeur. La cotisation AVS frappe certaines prestations exemptes de l'impôt, mais cela n'est dû qu'à quelques petites différences entre le concept de revenu en droit de l'AVS et en droit fiscal. La remise de cotisation, à l'encontre de la remise fiscale, n'est pas nécessairement au profit de l'intéressé; cela n'empêche que la remise, à la manière

(1) V. H. OSWALD, *Actuelle Rechtsfragen aus dem Gebiete der Alters-und Hinterlassenensversicherung*, RDS, 1955, p. 12a et s.

(2) V. art. 2, 3 LAI et 26, 27 LAPG révisée; depuis le 1er janvier 1960 les cotisations AVS de 4% ont été augmentées des suppléments de 0,4% chacun pour l'assurance invalidité et pour le régime des allocations aux militaires. Cet événement, selon nous, a vidé de tout son poids l'argument basé sur la fonction des cotisations.

(3) Il est d'un grand intérêt de voir un arrêt de Tribunal fédéral dans lequel ce dernier traite la nature juridique des cotisations d'employeur d'un régime cantonal d'allocations familiales (ATF, 20 mars 1947, A.T.F., 73, 1, p. 47); dans la perspective d'un régime fédéral d'allocations familiales dont la gestion serait confiée aux caisses de compensation cet arrêt revêt une importance particulière.

de la dette d'impôt, existe en matière de cotisation⁽¹⁾. L'interdiction de la double imposition⁽²⁾ ne s'applique pas aux cotisations, mais la disposition concernant la double charge trop lourde⁽³⁾ prévue dans l'AVS, est sans aucun doute conforme au principe de cette interdiction.

On a surtout beaucoup parlé des cotisations de solidarité que l'assuré paie dans l'AVS (cotisations des assurés ayant un revenu élevé)⁽⁴⁾. Certains prétendent que l'existence de ces cotisations est une raison de plus pour laquelle les cotisations personnelles d'AVS ne peuvent pas être qualifiées comme impôt⁽⁵⁾. Nous ne pouvons pas nous rallier à cet argument. Bien que les assurances sociales soient basées sur le principe de solidarité, celui-ci ne peut pas déterminer la nature juridique des cotisations. L'argument peut être même retourné. Une contribution de solidarité sur le plan national correspond plutôt au caractère d'un impôt. D'aucuns pensent, au contraire, que la cotisation AVS pourrait être un impôt au-delà du montant à partir duquel elle est considérée comme une cotisation de solidarité. Mais elle serait une contribution d'assurance en-deça de ce montant, parce qu'elle est utilisée pour la formation des rentes⁽⁶⁾. Pour des raisons déjà mentionnées nous ne pouvons pas, non plus, retenir cette thèse qui se fonde, sauf pour une partie des cotisations, sur la thèse "cotisation-contribution d'assurance".

C'est la cotisation patronale qui a été au centre des discussions doctrinales. Certains allèguent que l'intérêt que le patronant porte au but des assurances sociales, distingue la cotisation de l'employeur de l'impôt à destination spéciale⁽⁷⁾. Cette question mérite d'être mise au point. La participation des employeurs au financement de

(1) V. *Infra*, p. 110 et s.

(2) V. A. FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, 1966, p. 332 et s.

(3) V. *supra*, p. 71.

(4) Sur la notion des cotisations de solidarité, v. ATFA, 2 juillet 1959, RCC, 1959, p. 452.

(5) V. H. OSWALD, *op. cit.*

(6) V. P.F. ISELIN, *Schweizerische Staatsverträge über Sozialversicherung*, thèse Zurich, 1957, p. 153.

(7) V. H. OSWALD, *op. cit.* et références citées. Cela tient, en effet, à la seule différence qui existe entre la charge préférentielle (Vorzugslast) et l'impôt à destination spéciale (Zwecksteuer), à savoir : dans ce dernier les contribuables peuvent être aussi des personnes qui ne bénéficient d'aucun avantage déterminé en contrepartie de leur contribution. Or, selon cette allégation, l'employeur qui paye les cotisations pour ses employés y trouve un intérêt d'ordre social dont il faut tenir compte. Par conséquent, on ne peut pas dire qu'il paye ses cotisations sans aucune contreprestation. Elles prendraient ainsi le caractère de "charge préférentielle". Sur les notions de charge préférentielle (Vorzugslast) et impôt à destination spéciale (zwecksteuer), v. ATF, précité; et aussi A. IM HOF, *Beitrag, Gebühr, Steuer und ihre Unterscheidung*, ZSGV, 1951, p. 393 et s.

la Sécurité sociale a sa cause, en premier lieu, dans le fait que ces derniers retirent un profit du travail de leurs salariés. Ils portent, par conséquent, une responsabilité à leur égard d'autant plus que ceux-ci sont souvent incapables d'organiser seuls la couverture des risques sociaux à cause de l'insuffisance de leurs salaires. Les contributions patronales au financement de la Sécurité sociale sont d'autant plus justifiées que l'amélioration de la situation des travailleurs répond à l'intérêt des employeurs. Mais cette amélioration répond, avant tout, à l'intérêt de la communauté toute entière au sein de laquelle les employeurs seront particulièrement avantagés. Le fait que ces derniers bénéficient d'un tel avantage ne peut pas affecter la nature juridique des cotisations, car cet avantage leur revient de toute manière, que les ressources destinées au financement de la Sécurité sociale aient leur origine dans des cotisations ou dans des impôts.

L'assimilation de la cotisation AVS à une contribution d'assurance a été également consacrée par la jurisprudence du TFA⁽¹⁾. L'opportunité psychologique et la volonté d'éviter des controverses sur le plan constitutionnel⁽²⁾ pourraient être les principaux motifs de cette jurisprudence. En effet, l'article 34 quater Const. féd. autorise la Confédération à instituer des régimes d'assurances. Or, le financement de ces régimes par l'impôt ne serait guère conciliable avec l'esprit de cet article. De plus, un impôt, quel qu'il soit est impopulaire. En Suisse, il faut d'autant plus tenir compte de cette impopularité que les opposants possèdent une arme efficace contre le pouvoir public : le référendum.

La cotisation AVS qui jouit d'un statut distinct de l'impôt, présente au fond, les caractéristiques et les avantages de ce dernier⁽³⁾. Elle apparaît comme la ressource d'une ingénieuse technique fiscale, utilisée pour le financement d'un service public. C'est l'une des originalités du régime suisse de l'AVS.

SECTION II. — En droit français

§ 1. LA NATURE JURIDIQUE DES COTISATIONS

Depuis longtemps la nature juridique des cotisations en droit français donne lieu à des controverses. La Cour de cassation a été amenée à se prononcer de façon catégorique sur cette question. Une première fois, elle est intervenue pour mettre un terme à une jurisprudence à laquelle elle-même avait pris part; cela pour faire abandonner le concept jurisprudentiel selon lequel la cotisation

(1) V., entre autres arrêts, ATFA, 17 oct. 1952, RCC, 1952, p. 428; ATFA, 17 mars 1954, RCC, 1954, p. 230.

(2) V. *Mess. féd.* du 29 août 1929, FF, 1929, vol. 2, p. 251 et s.

(3) Notons que c'est en principe (sauf les cas de dégression) un impôt à taux constant, donc un impôt proportionnel.

patronale de Sécurité sociale correspond à une forme particulière de salaire⁽¹⁾. Sa dernière intervention eut pour but de mettre fin à une controverse entre plusieurs cours d'appel⁽²⁾. Il s'agissait de savoir si les organismes de Sécurité sociale avaient, ou n'avaient pas le droit de provoquer la faillite des employeurs en cas de non-paiement de leurs dettes. Les cours d'appel, qui ne voulaient pas attribuer ce droit à ces organismes, se basaient, dans leurs arguments, sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Elles en déduisaient que la cotisation, ne correspondant pas à un salaire, est dépourvue d'un caractère commercial, d'autant plus que la dette de cotisation n'émane pas d'un acte de commerce tel qu'il est défini dans les articles 632 et 633 du Code de commerce. Elles lui attribuaient, par conséquent, un caractère civil⁽³⁾. Cette jurisprudence avait aussi pour motif des considérations d'ordre économique, telles que les perspectives de meilleure fortune pour le débiteur. En revanche, la jurisprudence de certaines cours d'appel était en faveur de l'attribution du droit de provoquer la faillite des entreprises aux organismes de Sécurité sociale. Ces cours d'appel étaient d'avis que si la cotisation patronale n'a pas le caractère d'un salaire, elle n'en est pas moins perçue à l'occasion du travail, et du paiement du salaire. En tant que véritable accessoire du contrat de travail, la dette de cotisation a le caractère d'une dette commerciale. Le fait que le paiement des cotisations n'entre pas dans la catégorie des actes que la loi "répute actes de commerce" n'a pas d'importance à cet égard. Car le paiement des cotisations, lorsqu'il est accompli par un commerçant à l'occasion et pour les besoins de son commerce, constitue un "acte de commerce subjectif"⁽⁴⁾.

De ces deux jurisprudences contradictoires résultait une autre controverse. Les cours d'appel qui voyaient dans la dette de cotisation le caractère d'une dette civile considéraient la cotisation

(1) V. Cass. soc., 30 juil. 1949, D., 1949, p. 565, note A. ROUAST; Ch. réun., 8 juil. 1953, D., 1953, p. 627.

(2) V. Cass. civ., 27 mai 1957, D., 1957, p. 428.

(3) V. notamment Poitiers, 29 sept. 1954, D., 1955, p. 105; trib. com. de la Seine, 10 févr. 1955, D., 1955, p. 184; *Gaz. Pal.*, 1955, 1er, juri., p. 210.

(4) V. notamment Paris, 9 juin et 12 juillet 1954, D., 1955, p. 92 et 95; Orléans, 20 janv. 1955, *Gaz. Pal.*, 1955, 1er, juri., p. 210. Il convient ici de donner une brève définition des notions de la dette civile et de la dette commerciale. La première est une dette dont le créancier ne peut pas prétendre, en fait, à une échéance fixe, et le retard du débiteur dans le règlement de sa dette ne signifie pas qu'il soit gêné dans ses affaires; en revanche, le créancier a un privilège sur les biens du débiteur. La seconde est une dette qui doit être payée strictement à l'échéance; le créancier qui fonde ses relations avec le débiteur sur son crédit n'a aucun privilège sur les biens de ce dernier, mais il a le droit de provoquer sa faillite. Pour une distinction plus détaillée, v. conclusions LINDON, D., 1955, p. 92.

elle-même comme un impôt ou une taxe parafiscale⁽¹⁾. Par contre, celles qui accordaient un caractère commercial à la dette de cotisation étaient contre toute assimilation entre l'impôt et la cotisation.

La Cour de cassation, dans son arrêt susmentionné⁽²⁾, approuve ce dernier point de vue. Elle statue que les cotisations de Sécurité sociale ne peuvent être considérées comme un impôt, et si elles sont imposées par la loi, elles n'en sont pas moins dues à l'occasion d'un travail. L'obligation d'acquitter la dette de cotisation, se rattachant à l'activité commerciale de l'employeur, a un caractère commercial. Dès lors, en cas de non-paiement de cette dette, les caisses peuvent provoquer la déclaration de faillite de leur débiteur.

Cette jurisprudence de la Cour suprême ne semble pas avoir pu convaincre une partie de la doctrine qui, à l'instar des cours d'appel précitées, attribuait aux cotisations la nature juridique d'un impôt⁽³⁾. Les promoteurs de cette thèse alléguaient, entre autres arguments, que l'obligation du paiement des cotisations est déterminée par la loi sous peine de sanctions. Le taux et l'assiette des cotisations sont fixés par l'autorité publique. Leur recouvrement est assuré par les procédés empruntés au droit fiscal ou inspirés par ce droit. La vie financière des organismes de Sécurité sociale est soumise au contrôle de la Cour des comptes, qui ne s'exerce que sur les créances du droit public. Enfin, les cotisations sont destinées, au fond, à l'institution d'un véritable service public. Elles sont, toutefois, dépourvues de deux caractères : l'annualité et la non-affectation. Elles constituent, par conséquent, un impôt affecté ou à destination spéciale⁽⁴⁾. On peut les assimiler, plus précisément, à une taxe parafiscale⁽⁵⁾. Les opposants à cette thèse essayent de rejeter ces arguments. Ils font valoir que les techniques de recouvrement des cotisations, bien qu'elles se rapprochent des techniques fiscales sur certains points, ne présentent jamais une application pure et simple de ces dernières. Les cotisations sont exemptes de la réglementation des taxes parafiscales⁽⁶⁾. La législation de Sécurité sociale n'a pas été étendue à toute la population. De ce

(1) Cela aux termes d'une jurisprudence qui voit dans les créances du percepteur le caractère des créances civiles, v. conclusions R. LINDON, *op. cit.*

(2) V. note 2, page précédente.

(3) V. A. ROUAST et P. DURAND, *op. cit.*, no. 86, p. 128.

(4) *Ibid.*; v. aussi P. DURAND, *La politique contemporaine...*, *op. cit.*, p. 289.

(5) Sur la parafiscalité, v. P. NOLLET, *Dr. soc.*, 1953, p. 65.

(6) Loi du 25 juillet 1953. Cet argument est retourné par les partisans de la parafiscalité, qui soulignent qu'une disposition particulière a dû être introduite dans l'article 2 de cette loi, pour qu'elle ne s'applique pas aux cotisations de Sécurité sociale.

fait, les cotisations ne peuvent pas se présenter comme une contribution dans le cadre d'une solidarité nationale, comme c'est le cas d'un impôt.

Depuis l'arrêt précité, quelques réglementations nouvelles ont donné à la doctrine l'occasion d'avancer de nouveaux arguments. Un décret du 21 janvier 1961 fait dépendre la naissance de la dette de cotisation du paiement des salaires, comme en matière de droit fiscal pour la naissance de la dette d'impôt⁽¹⁾. Un décret du 11 janvier 1961, relatif aux obligations fiscales et parafiscales, englobe les cotisations de Sécurité sociale dans ces obligations. En revanche, une décision du conseil constitutionnel, du 20 décembre 1960, déclare qu'il appartient au pouvoir réglementaire de fixer le taux des cotisations. Etant donné qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la détermination de l'assiette et le taux des impositions de toute nature et leur recouvrement sont du seul domaine de la loi, la décision susmentionnée rejette implicitement la thèse de la parafiscalité⁽²⁾.

§ 2. — LA NATURE JURIDIQUE DES MAJORATIONS DE RETARD (3)

Selon l'article 12 du décret du 25 janvier 1961, qui abroge et remplace l'article 136 du Code sec. soc., le débiteur qui ne s'est pas acquitté dans le délai légal de sa dette de cotisation est astreint au paiement des majorations dites de retard. Le taux et les modalités de ces majorations sont fixés par ce même article.

La nature juridique des majorations de retard a soulevé de vives controverses dans la doctrine et la jurisprudence⁽⁴⁾. Deux théories complètement opposées y trouvent chacune ses partisans. Selon une première théorie, les majorations ont la même nature juridique que les cotisations. La seconde, les considère comme une "astreinte légale"⁽⁵⁾ ayant le caractère de pénalité. Les partisans de la première théorie allèguent que les majorations sont mentionnées dans le Code de la Sécurité sociale, dans le chapitre premier du titre V, livre Ier, concernant les ressources du régime général; et non dans le chapitre III du même titre relatif aux pénalités. Elles constituent

(1) V. *infra*, p. 102.

(2) Auparavant, une argumentation de ce genre avait été rejetée par les partisans de la parafiscalité en déclarant que les bases des cotisations se trouvent toujours dans les lois et les ordonnances qui donnent compétence à l'autorité administrative pour fixer dans certains domaines le taux de celles-ci, v. A. ROUAST et P. DURAND, *loc. cit.*

(3) L'analyse juridique des majorations de retard présente un grand intérêt pour notre étude (v. *infra*); en raison de la parenté de celles-ci avec les cotisations, il nous a paru opportun d'en parler dans ce chapitre.

(4) V. M. HAMIAUT, *Reflexions sur les majorations de retard et les mises en demeure dans la Sécurité sociale*, S., 1962, p. 15.

(5) *Ibid.* p. 18.

de ce fait, au même titre que les cotisations, et avec la même nature juridique que celles-ci, un élément des ressources de la Sécurité sociale⁽¹⁾.

Les partisans de la deuxième théorie font valoir que l'argumentation précitée ne s'en tient qu'à une vue superficielle ou à la lettre des textes. On ne peut pas baser la couverture des charges de la Sécurité sociale sur un élément des ressources aussi incertain que majorations. Celles-ci n'ont pas de caractère nécessaire, puisqu'elles ne sont dues que si l'employeur est en retard dans le paiement de sa dette. En outre, elles sont affectées, non pas à la couverture des risques, mais à l'action sanitaire et sociale des caisses⁽²⁾.

D'autres arguments ont été avancés à l'appui de cette deuxième théorie. Les majorations peuvent être réduites⁽³⁾, voire supprimées, au cas de force majeure et de bonne foi, alors que les cotisations sont exclues de toute réduction. Enfin, la prérogative⁽⁴⁾ des caisses sur les biens de l'employeur pour garantir le paiement des cotisations n'a pas été étendue aux majorations⁽⁵⁾.

La chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée explicitement en faveur d'une identité de nature entre les cotisations et leurs majorations, et a déclaré que les unes et les autres doivent être régies par les mêmes dispositions législatives⁽⁶⁾. Cette jurisprudence ne paraît pas avoir mis un terme, surtout dans la doctrine, à la controverse sur la nature juridique des majorations.

SECTION III. — Comparaison

Les cotisations dans l'AVS et dans le régime général de la Sécurité sociale présentent des différences fondamentales en ce qui

(1) V. note J. MINJOZ, D., 1964, p. 429.

(2) V. J. CAREL, *Gaz. Pal.*, 1964, 1^{er} Doctr., p. 91.

(3) V. *infra*, p. 116.

(4) V. *supra*, p. 60.

(5) La possibilité de cette extension paraît de toute manière douteuse, parce que les privilèges sont une dérogation au principe de l'égalité de tous les créanciers et doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive, v. Ch. Civ. Sect. Soc., 30 nov. 1951, D., 1952, p. 121, note P. VOIRIN. Cet arrêt, rendu par la section sociale de la chambre civile de la Cour de cassation, tout en refusant cette extension, déclare cependant que les majorations sont de même nature que les cotisations; mais la section commerciale de la chambre civile, dans un arrêt rendu 2 mois plus tard, refuse d'étendre aux majorations la prérogative susmentionnée en se basant sur les motifs qui laissent à croire qu'elle entend attribuer à celles-ci un caractère différent de celui des cotisations, v. Ch. Civ. Sect. Com., 21 janv. 1952, D., 1953, p. 233.

(6) V. Cass. civ., 27 févr. 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, 2^{ème} juri., p. 154; D., 1964, p. 429, note J. MINJOZ; cet arrêt vient à la suite d'une série d'arrêts de la chambre civile, rendus dans le même sens, v. M. HAMIAUT, chronique précitée.

concerne leur statut juridique. Les premières sont des cotisations généralisées, dotées de par la loi de caractère d'une redevance de droit public, et perçues par les organismes relevant de ce droit. Les secondes sont des cotisations payées seulement par une partie de la population. Bien qu'elles soient de caractère obligatoire, et recouvrées par des moyens empruntés au droit public, elles ne jouissent pas de la qualification formelle de redevance ressortissant à ce droit. Elles ont été même reconnues par la Cour suprême comme des dettes de droit privé. Leur recouvrement est aussi effectué par des organismes de droit privé, ce qui rend hypothétique une assimilation entre ces cotisations et l'impôt.

L'insistance de certains auteurs français à assimiler les cotisations du régime général à l'impôt ne doit pas seulement être considérée sur le plan d'une recherche purement doctrinale. Elle pourrait être, en même temps, interprétée comme l'expression d'un désir de fiscalisation et d'étatisation du régime. En effet, la tendance toujours croissante à l'extension du régime général à d'autres parties de la population, conduit à la libération du régime des complications juridiques résultant des notions et des principes de droit privé, incompatibles avec un vaste système de la Sécurité sociale⁽¹⁾. Mais les cotisations du régime général ne présentent pas toutes les caractéristiques d'un impôt, de sorte que la Cour suprême n'a pas eu de peine à se prononcer contre leur assimilation.

Quant aux cotisations AVS, rien ne les distingue de l'impôt sauf leur nom qui leur est artificiellement donné. Cette dénomination ne peut pas modifier la nature juridique des cotisations AVS, qui est celle d'un impôt à destination spéciale.

(1) Il semble qu'après l'adoption par l'Assemblée nationale de la loi du 10 juin 1966 relative à l'assurance-maladie et à l'assurance-maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles (artisans, industriels et commerçants, membres des professions libérales), le système français de la Sécurité sociale ait pris sa forme définitive en s'orientant de plus en plus vers l'hétérogénéité. Ainsi l'espoir de ceux qui voulaient voir en France un système unifié de la Sécurité sociale, comme celui d'Angleterre ou d'Allemagne, se serait, craignons-nous, à jamais évanoui.

CHAPITRE VII

L'OBJET DU RAPPORT DE COTISATION

SECTION I. — En droit suisse

§ 1. — LE REVENU DES ASSURÉS EXERÇANT UNE ACTIVITÉ LUCRATIVE

La première définition légale du revenu de l'activité lucrative dans l'AVS se trouve à l'article 6, 1er al., RAVS, en ces termes: "Le revenu provenant d'une activité lucrative comprend... le revenu en espèces ou en nature tiré en Suisse ou à l'étranger de l'exercice d'une activité, y compris les revenus accessoires". Le droit de l'AVS, confirmé par la jurisprudence du TFA, donne une acception très large à ce concept et en fait une notion "sui generis". Un rapport "adéquat" et "pertinent" de cause à effet entre une activité et le fait d'obtention d'un revenu suffit pour qu'il y ait un revenu de l'activité lucrative⁽¹⁾.

La notion du revenu de l'activité lucrative dans l'AVS repose sur la présomption que tout ce que l'assuré gagne en relation avec son travail, doit se répercuter le montant de sa rente⁽²⁾. Cette présomption souffre une exception dans le cas des revenus de minime importance. Le travail administratif qui résulte de la perception des cotisations sur ces revenus n'est pas proportionné au résultat.

Dans l'élargissement de la notion du revenu de l'activité lucrative, il faut aussi tenir compte du caractère social de l'AVS, et éviter des excès qui iraient à l'encontre du but et de la logique même d'un système de Sécurité sociale⁽³⁾.

Le résultat aléatoire, sur le plan de l'AVS, de la perception des cotisations sur les revenus de minime importance, et le caractère social du régime, sont deux facteurs qui ont amené le législateur à exclure quelques éléments du revenu, du concept de revenu de l'activité lucrative. Mais il y a aussi le problème d'empêcher les emplo-

(1) V. RCC, 1956, p. 208-209.

(2) V. Message fédéral 1946 sur l'AVS, p. 24, lettre bb.

(3) Un exemple de cette façon de voir se trouve à l'art. 8, lettre c, RAVS, qui exclut du revenu du travail quelques prestations offertes par l'employeur (allocations d'accouchement, prestations lors du décès de proches de travailleurs, cadeaux de fiançailles, etc.); pour une comparaison des cadeaux prévus par cette disposition avec les gratifications (art. 7, lettre c, RAVS) comprises dans le revenu du travail, v. RCC, 1962, p. 143-144.

yeurs de verser les salaires sous la forme de prestations non soumises aux cotisations. Ainsi, certaines prestations accordées dans le même but font partie du revenu de l'activité lucrative si elles sont accordées par un employeur (art. 7, lettres m, n, o, RAVS); et en sont exclues si elles sont versées par une institution de droit public — ou de droit privé sous quelques conditions (art. 6, 2e al., et art. 8 RAVS)(1).

§ 2. — LE REVENU PROVENANT D'UNE ACTIVITÉ DÉPENDANTE (SALAIRE DÉTERMINANT)

Selon l'article 5, 2ème al., 1ère phrase, L.AVS, le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. On ne doit pas considérer cette phrase pour elle seule, mais l'interpréter en rapport avec la deuxième phrase. Cette dernière englobe, dans le concept de salaire déterminant, les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, commissions, gratifications, prestations en nature, ainsi que les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues. De cette façon, le salaire déterminant comprend deux sortes de rémunérations : l'une provenant d'un travail réellement exécuté (salaire au sens strict et ses suppléments), et l'autre, en relation étroite avec le rapport de travail, mais ne résultant pas d'un travail réellement exécuté (salaire de remplacement).

a) La rémunération pour un travail réellement exécuté (salaire au sens strict et ses suppléments)

S'il y a un "rapport pertinent" entre activité et revenu(2), ce dernier sera compris dans le salaire déterminant. Cela est la condition nécessaire et suffisante pour qu'il y ait revenu d'activité lucrative dépendante(3). On peut élucider ce critère par les constatations suivantes tirées de la jurisprudence du TFA:

a) Il y a revenu d'activité lucrative même si la rétribution a été fournie à bien plaisir et non pas en vertu d'une obligation con-

(1) Sur certaines de ces prestations, v. *infra*, le salaire de remplacement.

(2) V. ATFA, 30 mai 1951, A.T.F.A., 1951, p. 99 et s., RCC, 1951, p. 328; comp. avec ATFA, 10 août 1949, A.T.F.A., 1949, p. 172 et s., RCC, 1949, p. 382: s'agissant d'un cas où aucune relation directe n'existe entre l'activité des assurés et les dons qui leur sont offerts.

(3) Il faut aussi rappeler une autre condition s'appliquant à de rares cas, selon laquelle l'activité lucrative doit être volontaire. Une corvée pour paiement d'une redevance n'est pas une activité lucrative. Cf. ATFA, 21 sept. 1955, A.T.F.A., 1955, p. 150, RCC, 1956, p. 32 et s.

tractuelle (ou légale)⁽¹⁾, Cette constatation correspond aux termes mêmes des dispositions légales d'après lesquelles le salaire déterminant comprend également les gratifications et les pourboires (art. 7, lettres c et e, RAVS).

b) Une allocation doit être considérée comme revenu du travail même si elle n'a pas été accordée à cause du travail fourni⁽²⁾. Une rétribution aux personnes sans revenu à la suite d'un travail fourni par elles ne peut pas être considérée comme une prestation de secours au sens de l'art. 6, 2ème al., lettre b, RAVS (prestations non comprises dans le salaire déterminant).

c) Pour celui qui obtient un revenu à la suite d'un travail, avoir l'intention de lucre comme le seul ou le principal mobile du travail n'est pas indispensable. Une activité exercée dans un but idéal et pour le bien public peut également être une activité lucrative⁽³⁾.

L'article 7 RAVS, en application de l'art 5, 1er et 2e alinéa, LAVS, nous donne une énumération non exhaustive des éléments qui doivent être compris dans le salaire déterminant. Parmi ces éléments, à part ceux qui seront étudiés sous le concept du revenu de remplacement, quelques-uns méritent une attention particulière.

Sous ltre b, les allocations familiales, à part celles qui sont attribuées en application d'une loi cantonale, seront comprises dans le salaire déterminant⁽⁴⁾ même si elles sont payées par un fonds, par une fondation, ou par une caisse de compensation instituée à cet effet. Cette prescription semble un peu rigoureuse. Ne serait-il pas plus équitable d'exclure du salaire déterminant les allocations familiales payées par les institutions précitées, sous les mêmes conditions exigées pour les prestations d'assurance de l'art. 6, 2e al., lettre b?

Sous lettre d, les revenus des commanditaires et leurs parts aux bénéfices seront compris dans le salaire déterminant, dans la mesure où ces revenus dépassent l'intérêt de la commandite. Cette question sera étudiée dans les pages qui suivent, sous le concept du revenu provenant d'une activité lucrative indépendante.

b) La rémunération qui ne résulte pas d'un travail réellement exécuté

Pour mieux comprendre cet élément du salaire déterminant

(1) V. ATFA, 27 janvier 1950, A.T.F.A., 1950, p. 32, RCC, 1950, p. 109; RCC, 1956, p. 208 et s.

(2) V. ATFA, 2 février 1953, A.T.F.A., 1953, p. 32, RCC, 1953, p. 201; RCC, 1956, p. 208 et s.

(3) V. les arrêts précités sous notes 1 et 2.

(4) Abstraction faite des allocations familiales fédérales dans l'agriculture, non comprises dans le salaire déterminant art. 6, 2e al., lettre d.

dans l'AVS, il nous faut connaître le concept du revenu de remplacement en droit fiscal. Le dit revenu a une parenté avec le revenu du capital, et cela dans le cas des rentes et des pensions de droit privé, reposant sur la fortune de l'individu⁽¹⁾ (ex.: rentes résultant des contrats d'assurance privée). Mais, quand il s'agit des rentes et des pensions de droit public, on peut les assimiler au revenu du travail, car elles sont accordées, pour la plupart, en relation avec le travail effectué dans le passé. Il en irait de même pour les indemnités et les gains de droit privé qui se trouvent dans un lien étroit avec l'activité lucrative exercée auparavant par le bénéficiaire.

En droit de l'AVS, l'assimilation du revenu de remplacement au revenu du travail doit être étudiée à la lumière de la présomption précitée sur laquelle repose la notion d'activité lucrative. D'après la jurisprudence du TFA, les rémunérations accordées pendant une interruption de travail font, en principe, partie du salaire déterminant. Cela est un critère qui correspond à cette présomption. Son étendue est toutefois limitée par quelques exceptions.

Ainsi envisagé, le revenu de remplacement dans l'AVS peut être acquis dans deux cas différents d'interruption du travail.

a) Lorsque le rapport de service n'a pas été rompu; autrement dit, quand le contrat de travail n'a pas été résilié et continue à déployer ses effets. Tel est le cas de certains salariés sans travail qui prennent engagement de rester sur place et de se tenir prêts à reprendre le travail en tout temps. Cet engagement constitue un fait qui remplace l'activité, et le versement en contrepartie de cet engagement représente un revenu de l'activité lucrative⁽²⁾. Ce cas est analogue à celui d'une interruption du travail provoquée par les intempéries. L'indemnité que verse l'entreprise de construction à ses ouvriers pour perte de salaire à la suite de cette interruption du travail, fait partie du revenu de l'activité lucrative⁽³⁾.

Ce genre d'interruption du travail peut aussi survenir par suite de la réalisation de certains risques sociaux comme la maladie, l'accident, etc. Les indemnités versées directement par l'entreprise pour compenser les pertes de salaire par suite de cette interruption du travail sont considérées de par la loi comme faisant partie du revenu de l'activité (art. 7, lettre m, RAVS)⁽⁴⁾. Mais il en va autrement quand ces indemnités sont versées par une personne ou

(1) V. E. BLUMENSTEIN, *Schweizerische Steuerrecht* 1926, t. 1, p. 182; cf. aussi, du même auteur, *System des Steuerrechts*, 1951, p. 114-115.

(2) V. notamment ATFA, 29 oct. 1953, RCC, 1953, p. 438; ATFA 23 déc. 1959, RCC, 1961, p. 28; cf. aussi art. 331-332 CO.

(3) *Ibid.*, v. aussi jugement du tribunal administratif du canton de Berne du 9 janv. 1950, RCC, 1950, p. 149.

(4) V. notamment ATFA, 20 mars 1959, RCC, 1959, p. 393; cf. aussi art. 335 CO.

une institution étrangère à l'entreprise. Ici, on se trouverait en présence non pas d'un versement qui pourrait être identifié à un salaire, mais à une prestation sociale au sens de l'art. 5, 4e al., LAVS. Le TFA déclare qu'une telle prestation n'est pas exceptée, d'emblée et de par la loi, du revenu du travail. Cela veut dire que les prestations dites sociales, sauf celles citées dans l'énumération exhaustive faite à l'article 8 RAVS, seraient considérées comme revenu de l'activité lucrative. Enfin, pour qu'une telle prestation puisse correspondre à celles visées par l'article 6, 2e alinéa, lettre b, RAVS (prestations d'assurance ou de secours) exemptes des cotisations, elle doit correspondre aux conditions exigées par la loi et la jurisprudence pour ces prestations⁽¹⁾.

Il convient, ici, de dire quelques mots concernant les bourses en droit de l'AVS (art. 6, 2e al., lettre e, RAVS). Avant l'entrée en vigueur de cette disposition (1957), le droit de l'AVS faisait la distinction entre les bourses d'étude et celles de perfectionnement. Ces dernières étaient considérées comme revenu de remplacement, assimilé au revenu du travail provenant d'un rapport présumé employeur-salarié, entre le donateur et le bénéficiaire de la bourse⁽²⁾. Actuellement, ces deux bourses, d'après la disposition précitée, sont sous le même statut, sans distinction. Elles sont exceptées du revenu d'activité lucrative, si elles ne sont pas allouées "à raison des rapports de service du bénéficiaire et que le donateur ne puisse pas disposer des résultats acquis". Or, ces rapports de service ne sont plus présumés, puisque le TFA exige, en règle générale, un engagement juridique, même dans l'hypothèse d'un futur rapport de service entre le donateur et le bénéficiaire de la bourse. En l'absence d'un tel engagement, les bourses peuvent être considérées comme prestation de secours au sens de l'art. 6, 2e al., lettre b, RAVS ⁽³⁾.

b) L'interruption du travail pourrait aussi être due à la résiliation du contrat de travail. Selon le TFA, les prestations qu'un employeur verse à ses employés congédiés ne sauraient être affranchies du paiement des cotisations, pour le seul motif qu'elles ont été versées postérieurement à la résiliation de rapports de service⁽⁴⁾. C'est après la recherche du caractère réel de ces versements qu'on

(1) V. *infra*, note concernant l'interprétation de l'art. 6, 2e al., lettres b et c; pour une comparaison des prestations sous les art. 6, 2e al., lettre b, 7, lettre m, et 8 RAVS. cf. ATFA, 29 août 1956, RCC, 1956, p. 404.

(2) V. RCC, 1956, p. 204-211.

(3) V. ATFA, 27 août 1960, RCC, 1960, p. 398; ATFA, 25 février 1964, RCC, 1964, p. 271.

(4) V. ATFA, 18 avril 1958, RCC, 1958, p. 305, concernant l'indemnité pour la résiliation anticipée du contrat de travail; v. aussi ATFA, 13 avril 1959, RCC, p. 390; ATFA, 3 oct. 1959, RCC, 1961, p. 31.

pourra décider de les ranger dans les catégories des prestations soumises — ou non soumises — aux cotisations. Car il s'agirait peut-être là d'arrérages de salaires, ou de paiement indirect d'un salaire. En ce qui concerne l'assimilation de telles prestations à celles visées par l'art. 6, 2e al., lettre c, RAVS, et par la lettre b du même article se rapportant à une période ultérieure à la cessation de rapports de service, il faut tenir compte de leur sens réel en droit de l'AVS, pour dire si, oui ou non, on se trouve devant un cas visé par cet article(1).

Il convient aussi de mentionner sous cette rubrique l'indemnité versée en dédommagement d'une prohibition de faire concurrence (revenu de remplacement en l'absence de rapports de service), qualifié de revenu d'activité lucrative dépendante par le TFA. Cette assimilation est due au lien étroit entre ce revenu et l'activité exercée auparavant par le bénéficiaire, ainsi qu'à l'engagement de fidélité, pris par ce dernier, au-delà du terme du contrat de travail(2).

§ 3. — LE REVENU DE L'ACTIVITÉ LUCRATIVE INDÉPENDANTE

Selon l'art. 9 LAVS, tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante est réputé revenu d'activité lucrative indépendante. Cette définition paraîtrait claire, s'il s'agissait d'un revenu exclusivement dû à l'élément de travail. Tel n'est pas le cas dans l'AVS, où le revenu d'activité lucrative indépendante est en général un "revenu dit mixte", provenant simultanément du travail, du capital, et très souvent d'une conjoncture économique favorable. Or, pour mieux comprendre le concept du revenu d'activité lucrative indépendante dans l'AVS, il faut essayer de faire une distinction entre ce revenu, tel qu'il se définit en droit de l'AVS, d'une part, le revenu de la

(1) Pour l'interprétation de l'art. 6, 2e al., lettre b: prestations d'assurance ou de secours, en général — et lettre c: prestations d'assurance ou de secours en cas de chômage; ainsi que le sens exact de ces prestations non comprises dans le salaire déterminant, en droit de l'AVS, cf. RCC, 1961, p. 13-14; ATFA, 3 oct. 1959, 23 déc. 1959, et 17 mai 1960, RCC, 1961, p. 28. Pour le critère concernant les institutions compétentes pour payer ces prestations, voir ATFA, 29 oct. 1953, RCC, 1953, p. 438; et surtout ATFA, 10 déc. 1954, RCC, 1955, p. 194; ATFA, 23 déc. 1959, RCC, 1961, p. 30.

(2) V. ATFA, 24 oct. 1955, RCC, 1956, p. 72. Les principes de cette assimilation ont été posés dans l'ATFA, 28 mars 1950, RCC, 1950, p. 193; il y est question d'une indemnité versée pour la renonciation à l'exercice d'une activité indépendante (revenu de remplacement), qui constitue dans l'AVS le revenu provenant d'une telle activité; l'article 21, 1er alinéa, lettre a, AIN, a inspiré les deux arrêts précités; voir en relation avec ce qui précède, ATFA, 16 novembre 1951, RCC, 1952, p. 43, sur l'indemnité dite "good will" qui fait partie du revenu de l'activité lucrative indépendante dans l'AVS; et aussi T. BRATSCHI, *Der Einkommensbegriff in der AHV*, thèse Berne, 1952, p. 40.

fortune et celui dû à la conjoncture, d'autre part.

Mais cette distinction nécessite auparavant une autre distinction : celle entre la fortune commerciale et la fortune privée. Car, lorsqu'il s'agit d'arrêter le revenu net de l'activité lucrative indépendante dans un revenu mixte, c'est la fortune commerciale de l'assuré, c'est-à-dire les éléments de son patrimoine ayant une affectation commerciale, qui sera prise en compte pour déterminer la part du revenu provenant de l'élément de capital. (art. 9, 2e al., lettre e, LAVS, art. 17, lettre d, et 18, 2e al., RAVS).

L'attribution d'un élément du patrimoine à l'une ou à l'autre fortune présente des difficultés quand il s'agit des éléments qui, de par leur nature, peuvent appartenir aussi bien à la fortune commerciale qu'à la fortune privée, tels les immeubles, les papiers-valeur, etc.

Les dispositions légales de l'AVS n'indiquent pas les conditions de cette attribution. Or le TFA tranche cette question en s'appuyant sur les principes développés par la jurisprudence fiscale du Tribunal fédéral.

Selon le TFA, un élément du patrimoine doit être compté dans la fortune commerciale "lorsqu'il a été acquis avec les ressources de l'entreprise ou à des fins commerciales. Il en va de même lorsqu'il sert effectivement à l'entreprise, son utilité étant soit directe par sa présence matérielle ou parce qu'il garantit une dette commerciale, soit indirecte par sa valeur comme élément nécessaire de la fortune commerciale ou comme réserve" (1). L'appartenance de l'élément considéré à la fortune mobilière ou immobilière de l'entreprise, n'a aucune importance dans cette attribution, mais il doit être en général en la propriété du débiteur des cotisations personnelles(2).

a) Le revenu de l'activité lucrative indépendante et le revenu dû à la conjoncture

Le revenu dû à la conjoncture est un revenu qui, malgré sa parenté avec le revenu de la fortune, se différencie de ce dernier en ce qu'il se réalise seulement en cas d'une aliénation du capital par son propriétaire(3). Il est le résultat de l'importance respective de l'offre et de la demande, surtout dans des circonstances économiques spéciales. Dans l'AVS, si un tel revenu provient de négocia-

(1) V. RCC, 1961, p. 14 et s., et la jurisprudence citée.

(2) On peut citer, comme exception à cette règle, l'arrêt du TFA, 17 fév. 1951, RCC, 1951, p. 155, dans lequel l'apport de la femme dans l'entreprise du mari est assimilé au capital propre investi du titulaire de l'entreprise; v. aussi l'art. 201 CCS.

(3) V. E. BLUMENSTEIN, *op. cit.*, t. 1, p. 183, lettre dd.

tions fréquentes d'immeubles, de biens, ou de papiers-valeur, avec des intentions lucratives évidentes, il sera considéré comme revenu d'activité lucrative indépendante⁽¹⁾. La fréquence de négociations avec des intentions lucratives présumées constitue la preuve que ces éléments du patrimoine sont affectés à des fins commerciales. Il s'ensuit que les gains obtenus lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée sont dispensés des cotisations.

Quant au "bénéfice conjoncturel" qui vient souvent s'ajouter au bénéfice dû au travail, l'AVS considère ce gain comme faisant partie du revenu d'activité lucrative indépendante, sans tenir compte de la qualité et de l'ampleur du travail fourni⁽²⁾.

b) Le revenu de l'activité lucrative indépendante et le revenu de la fortune

Le revenu de la fortune est un revenu qui provient strictement de la fortune de l'individu, sans avoir aucune relation avec une activité exercée par celui-ci⁽³⁾. La distinction entre un tel revenu et le revenu du travail n'engendre aucune difficulté. Mais, lorsqu'un revenu est acquis par une collaboration entre le capital et le travail, le degré de la contribution de chaque élément à la création de ce revenu est difficile à déterminer. S'inspirant du droit fiscal, le droit de l'AVS assujettit aux cotisations le revenu de toute activité personnelle indépendante déployée dans le cadre d'une entreprise. Pour déterminer la part du revenu résultant de cette activité, la loi prévoit la déduction, du revenu brut, d'un intérêt de 4½% pour le capital investi dans l'entreprise (art. 18, 2e al., RAVS)⁽⁴⁾. Aussi vise-t-elle, comme débiteur de cotisation sur le revenu du travail ainsi déterminé, le propriétaire et, en cas d'usufruit ou de fermage, l'usufruitier ou le fermier de l'entreprise⁽⁵⁾. Subsidiairement, elle vise celui qui est imposable pour le revenu considéré et, en dernier ressort, celui qui est responsable de l'entreprise (art. 20, 1er al., RAVS). En dehors de ces personnes les assurés qui prennent part à la marche d'une entreprise par l'entremise de leurs capitaux en ayant des droits personnels restreints (les actionnaires, art. 689, 696 et 697 CO) n'en tirent qu'un revenu pro-

(1) V. ATFA, 30 janv. 1959, RCC, 1956, p. 150; ATFA, 28 déc. 1959, RCC, 1960, p. 402.

(2) V. ATFA, 7 août 1948, A.T.F.A., 1948, p. 80, RCC, 1948, p. 428; ATFA, 31 déc. 1963, RCC, 1964, p. 275,

(3) V. T. BRATSCHI, *op. cit.*, p. 48.

(4) Compte tenu des déductions prévues par l'article 9, 2e alinéa, lettres a à d, LAVS; sur ces déductions, v. RCC, 1961, p. 14 et s.

(5) V. ATFA, 5 sept. 1953, RCC, 1953, p. 400, par lequel une exception a été apportée à cette règle.

venant entièrement de la fortune⁽¹⁾.

L'application de ce principe peut être constatée dans le cas des sociétés en nom collectif (art. 552 CO) et celui des sociétés en commandite (art. 594 CO).

En ce qui concerne les membres des sociétés en nom collectif, la loi est catégorique (art. 17, lettre c, et art. 20, 3e al., RAVS). Un associé en nom collectif, de par sa position (art. 552 et 568 CO), et vu ses droits fondamentaux dans la société (art. 534, 535, 541 et 557, 2e al., CO), supporte pleinement les risques économiques de l'entreprise et a la possibilité d'exercer, en tout temps, une influence sur la marche de celle-ci. De ce fait, il est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante⁽²⁾.

Les associés indéfiniment responsables d'une société en commandite, dont la tâche est de gérer et de représenter la société (art. 599 et 603 CO), sont assimilés aux associés d'une société en nom collectif. Leurs revenus sont considérés comme provenant de l'exercice d'une activité lucrative indépendante. En revanche, le commanditaire, dont la responsabilité est limitée au montant de la commandite (art. 594 et 608 CO), et qui n'a ni le droit ni l'obligation de participer à la gestion de l'entreprise (art. 600, 1er al., CO), ou de la représenter (art. 603 CO), est considéré comme simple bailleur de fonds. Le revenu de sa commandite constitue le rendement d'un capital et, par conséquent, exempt de cotisation⁽³⁾. Il se peut qu'un commanditaire soit désigné par les autres associés comme employé de la société. Son traitement en tant que tel ne sera, donc, qu'une rémunération d'un travail accompli dans une situation dépendante (salaire), distinct du revenu de sa commandite.

Les critères ci-dessus définis ne sont pas à l'abri d'exceptions. Un associé en nom collectif peut devenir un employé de la société lorsqu'on lui retire toute influence sur la marche des affaires. Ainsi son revenu prend la forme d'un salaire⁽⁴⁾. Il se pourrait qu'un tel associé ne devienne pas un employé et dans ce cas, le revenu qu'il retire de la société sera entièrement un revenu du capital⁽⁵⁾. Quant au commanditaire, il pourrait, dans des circonstances spéciales, être considéré comme associé indéfiniment responsable grâce à son pouvoir de disposition et à son droit de contrôle. Son revenu devient par conséquent semblable à celui des associés indéfiniment responsable⁽⁶⁾.

(1) V. ATFA, 2 déc. 1948, RCC, 1948, p. 75.

(2) Comp. l'alinéa 3 nouveau, avec l'alinéa 2 abrogé, de l'art. 20 RAVS, v. notamment ATFA, 14 mai 1952, RCC, 1952, p. 242.

(3) V. notamment une série d'arrêts du TFA, RCC, 1949, p. 381, 1950, p. 70, 110-113 et 188.

(4) V. ATFA, 20 mai 1959, RCC, 1959, p. 304.

(5) V. ATFA, 19 mars 1958, p. 216.

(6) V. ATFA, 29 avril 1959, RCC, 1959, p. 302.

La part aux bénéfices d'un commanditaire travaillant dans la société fait partie de son salaire (art. 7, lettre d, RAVS). Un lien entre cette part de bénéfice et l'activité du bénéficiaire est présumé par la jurisprudence⁽¹⁾. Une exception est faite à cette règle, quand cette part de bénéfice équivaut à celles attribuées aux autres commanditaires ne travaillant pas dans l'entreprise. Alors, le lien présumé entre elle et l'activité du commanditaire deviendrait inexistant; elle présenterait le caractère d'un élément de fortune⁽²⁾.

Un autre cas de distinction entre le revenu du travail et le revenu de la fortune, dans l'AVS, est le cas du gain tiré de l'exploitation commerciale d'une invention. Il convient tout d'abord de distinguer l'inventeur professionnel de l'inventeur occasionnel⁽³⁾. Pour le premier, c'est-à-dire celui qui exerce la profession d'inventeur⁽⁴⁾, tout effort ou recherche est une activité lucrative au sens de l'AVS. Ainsi, les royautés touchées par lui, sans égard à leur ampleur ou à leur portée, sont considérées comme revenu d'une telle activité. L'inventeur occasionnel, c'est-à-dire celui pour lequel l'exploitation commerciale de sa capacité inventive ne constitue pas sa profession, est considéré comme exerçant une activité lucrative, s'il travaille— seul ou en concours avec des tiers — à l'exploitation de son invention⁽⁵⁾. En revanche, s'il cède à un tiers le droit exclusif d'exploiter son invention en se détachant complètement de toute affaire concernant cette dernière, ses royautés représentent la contre-valeur de l'objet du brevet cédé; elles peuvent être considérées, par conséquent, comme le rendement d'un capital⁽⁶⁾.

Enfin, les royautés pourraient représenter pour une partie le revenu d'un capital, et pour l'autre le revenu d'une activité lucrative. Il en serait ainsi si l'invention cédée à un tiers représentait un capital (la valeur fiscale du brevet estimée d'après la législation de l'IDN) art. 18, 1er et 2e al., RAVS. Alors les royautés apparaîtraient comme

(1) V. ATFA, 30 mai 1951, RCC, 1951, p. 328; ATFA, 19 oct. 1951, RCC, 1951, p. 454; et surtout ATFA, 10 oct. 1950, RCC, 1950 p. 418; cette jurisprudence a conduit à la nouvelle teneur de l'art. 7, lettre d, RAVS; cf. aussi ATFA, 7 sept. 1954, RCC, 1954, p. 411.

(2) V. ATFA, 5 mai 1953, RCC, 1953, p. 269; la circonstance citée dans cet arrêt ne renverse pas la présomption : la part de bénéfice = le revenu du travail; cf. ATFA, 28 sept. 1956, RCC, 1956, p. 436; la plupart de ces arrêts concernent les communautés héréditaires.

(3) V. ATFA, 1er oct. 1962, RCC, 1963, p. 18.

(4) V. ATFA, 18 sept. 1954, RCC, 1954, p. 413.

(5) V. ATFA, 9 juin 1952, RCC, 1953, p. 98; ATFA, 17 janvier 1953, RCC, 1953, p. 102; ATFA, 17 juin 1957, cons. 4, 5, 6, RCC, 1958, p. 29 et s.; ATFA, 23 mai 1958, RCC, 1958, p. 35 et s.; ce dernier concerne les inventions non brevetées.

(6) V. ATFA, 18 avril 1951, RCC, p. 236; ATFA, 9 juin 1952, RCC, 1953, p. 99; la pratique et la jurisprudence ont démontré que de tels cas constituent l'exception.

la rémunération d'un travail dans la mesure où elles dépasseraient le montant de l'intérêt du capital propre investi⁽¹⁾.

SECTION II. — En droit français

§ 1. — LE SALAIRE (L'ASSIETTE DES COTISATIONS)

Aux termes de l'article 119 CSS "les cotisations dues au titre des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales sont assises sur l'ensemble des rémunérations ou gains perçus par les bénéficiaires de chacune de ces législations". On peut tirer de cet article le principe de l'unité d'assiette des cotisations⁽²⁾. Toutes les cotisations dues au régime général sont assises sur une assiette identique : le salaire de l'assujéti au régime.

La notion de salaire en droit de la Sécurité sociale, conçue à l'origine de façon assez stricte (art. 31 de l'ordonnance du 4 octobre 1945), trouve une acception de plus en plus large. Elle s'écarte de la notion juridique de salaire et s'élargit dans le sens d'une coïncidence avec la notion de salaire en droit fiscal⁽³⁾.

Cet élargissement a été réalisé, en grande partie, par la loi du 20 mars 1954. L'article 6 de cette loi modifie l'article 31 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 (art. 120 CSS). Aussi substitue-t-il à la notion de salaire celle plus étendue de rémunération. La modification fut apportée dans l'intention d'empêcher la fraude, et plus particulièrement en vue d'améliorer les recettes du régime général pour lui procurer les moyens de faire face à ses dépenses croissantes.

L'article 120, 1er alinéa, CSS statue que "...sont considérées comme rémunération toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire."

Selon cette énumération, sont incorporés dans l'assiette des cotisations quelques éléments qui s'ajoutent au salaire proprement dit. Quelques-uns de ces éléments sont des compléments, et quelques autres sont des substituts du salaire. Une analyse de ces éléments sur le plan doctrinal et jurisprudentiel permettra d'élucider la notion de rémunération, telle qu'elle se conçoit, dans le droit français de la Sécurité sociale.

(1) V. ATFA, 17 juin 1957, cons. 6, RCC, 1958, p. 31.

(2) V. Cass., 30 oct. 1963, *Dr. soc.*, 1964, p. 186, observations G. LYON-CAEN.

(3) V. J.-J. DUPEYROUX, *Précis de Sécurité sociale*, p. 460; G. LYON-CAEN, *Le salaire dans le droit du travail, et dans le droit de la Sécurité sociale*, *Dr. soc.*, 1960, p. 613.

a) Les compléments de salaire

Pour ce qui est des compléments de salaire, il faut invoquer tout d'abord le cas de "gratifications et primes", comprises en principe dans l'assiette des cotisations, et auxquelles on tente, parfois, d'attribuer la qualification de "libéralité". La jurisprudence de la Cour suprême est basée, à cet égard, sur trois critères:

a) Critère de l'accord tacite des parties: si l'octroi des primes est "de nature à persuader le personnel", et si elles sont accordées "en conformité d'un usage constant de l'entreprise et d'un accord tacite des parties au contrat de travail", elles seront incorporées dans l'assiette des cotisations⁽¹⁾. Le nom donné aux primes (prime de bilan, prime d'augmentation de capital, etc.) n'a pas d'importance à cet égard.

b) Critère de la prévisibilité : il a son origine dans la jurisprudence de la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 mars 1954⁽²⁾. Ce critère fait abstraction de toute référence à un accord tacite entre les parties, et se base sur l'élément subjectif de prévisibilité. Il tient compte de l'usage et du versement répété de la prime pour en déduire une possibilité pour le travailleur de prévoir l'obtention future de cette prime.

c) Critère du lien de causalité : il prend en considération l'appartenance du travailleur à l'entreprise et sa contribution à l'exécution des travaux qui en sont la raison d'être⁽³⁾. Le travail passé ou futur fourni à cette entreprise est la cause de toute prime versée au travailleur. Ainsi, ce critère rejette toute la notion de libéralité dans les rapports de travail. Le critère du lien de causalité a donné lieu à des discussions doctrinales. Certains le considèrent comme le seul critère devant être appliqué à toute prime octroyée par l'employeur au salarié. Du point de vue subjectif, le salarié qui reçoit une prime de l'employeur croit que celle-ci lui est due; et l'employeur attribue, au fond, un caractère rémunératoire à cette prime, malgré son apparence de gratuité. Du point de vue objectif, il y a toujours une causalité juridique entre la somme versée et l'obligation de fournir la prestation de travail⁽⁴⁾. La Cour de cassation, après avoir donné l'impression de s'être ralliée de façon définitive

(1) V. Cass., 14 avr. 1961, *Dr. soc.*, 1961, p. 567, observations LYON-CAEN; Cass., 28 juin 1963, *Dr. soc.*, 1963, p. 636, observations LYON-CAEN.

(2) V. G. LYON-CAEN, article précité, p. 615, et la jurisprudence citée.

(3) V. note J.-J. DUPEYROUX, *D.*, 1962, p. 287.

(4) V. Cass., 13 févr. 1963, *Dr. soc.*, 1963, p. 378, observations LYON-CAEN; une partie de la doctrine n'exclut pas la possibilité d'existence de "pures libéralités" en cas d'absence d'un "lien de causalité nécessaire et suffisante" entre la prime et le travail, v. note J.-J. DUPEYROUX, *D.*, 1962, p. 287, et par le même auteur, *Sécurité sociale, op. cit.*, no. 311, p. 462.

à ce critère, a rendu quelques arrêts qui contredisent les principes énoncés dans ses arrêts précédents et réintroduisent la notion de gratuité dans les relations de travail⁽¹⁾.

Le principe d'inclure les gratifications dans l'assiette des cotisations doit être écarté lorsqu'une disposition légale exclut expressément de cette dernière une prime déterminée. C'est ainsi que les "primes de productivité", versées en application de l'article 10 du décret du 20 mai 1955, sont exemptes de toute cotisation⁽²⁾. Il en va de même pour les participations attribuées aux salariés au titre de l'intéressement de ceux-ci aux résultats de l'entreprise, en application de l'ordonnance du 7 janvier 1959. Ces exonérations n'ont pas été bien accueillies par la doctrine qui y voit une orientation restrictive du concept de rémunération, pouvant aboutir à des conséquences graves sur le plan de la Sécurité sociale⁽³⁾.

Un autre cas d'exemption des primes est celui où elles ont pour objet le remboursement de frais professionnels inévitables. Il en est ainsi des "primes de panier", sommes versées par l'employeur, correspondant à une dépense de nourriture que le salarié est obligé de faire en toute occurrence⁽⁴⁾. Ceci soulève la question de la déduction des frais professionnels⁽⁵⁾. L'article 120 CSS prévoit la possibilité d'une déduction au titre des frais professionnels, sur la rémunération des intéressés servant au calcul des cotisations. Les abus que faisaient fréquemment les entreprises de cette possibilité et l'indulgence de la jurisprudence incitèrent le pouvoir public à réagir. Il intervint par un arrêté du 14 septembre 1960, complété par une circulaire du 10 mai 1961. L'article 1er, al. 1, de l'arrêté définit ces frais comme "les sommes versées aux travailleurs... pour couvrir les charges inhérentes à la fonction ou à l'emploi, soit sous forme de remboursement de dépenses réelles, soit sous forme d'allocations forfaitaires...". La déduction de ces sommes sera admise, sous réserve qu'elles ne recouvrent pas en fait une augmentation de salaire. L'arrêté impose aussi l'option entre déduction forfaitaire et

(1) V. Cass., 11 octobre 1963, *Dr. soc.*, 1964, p. 126, observations LYON-CAEN.

(2) Ces primes, qui sont fondées exclusivement sur la productivité, ne doivent pas être confondues avec les primes de production ou de chiffre d'affaires et les participations aux bénéfices, qui sont soumises à cotisation, v. S. ALLAIN, *Les décrets des 20 mai et 17 sept. 1955, sur l'intéressement du personnel des entreprises à la productivité*, *Dr. soc.* 1956, p. 411.

(3) V. P. DURAND, *L'ordonnance du 7 janv. 1959 tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise*, *Dr. soc.*, 1959, p. 78, spécialement no. 15, p. 82; G. LYON-CAEN, art. précité.

(4) V. Cass., 22 févr. 1963, *Dr. soc.*, 1963, p. 381, observations LYON-CAEN.

(5) V. J.-J. DUPEYROUX, *L'arrêté du 14 sept. 1960 relatif aux frais professionnels, déductibles pour le calcul des cotisations de Sécurité sociale*, D., 1960, Chron., p. 249; note J. VANDAMME, D., 1962, p. 337; observ. G. LYON-CAEN, *Dr. soc.*, 1964, p. 126.

celle correspondant aux frais réels. Il condamne expressément la théorie dite du cumul admise par la Cour de cassation pour certaines catégories de travailleurs. La théorie du cumul continue à être soutenue par une partie de la doctrine⁽¹⁾.

Parmi les avantages divers inclus dans l'assiette des cotisations, il convient de mentionner les prestations familiales complémentaires, versées par une entreprise à son personnel. Une jurisprudence constante de la Cour suprême dispose que les dites prestations, versées en sus des prestations légales en vertu d'une convention collective, d'un contrat individuel ou d'un usage, doivent être comprises dans l'assiette des cotisations⁽²⁾. Par contre, l'inclusion, dans ladite assiette, des contributions patronales aux régimes complémentaires pose des problèmes délicats. La Cour de cassation, pour autant que le problème est mis à son appréciation, a tendance à en exclure ces contributions. C'est également la pratique suivie par les caisses. Tandis que l'adoption de la solution contraire et la nécessité d'une intervention du législateur dans ce domaine sont préconisées par la doctrine⁽³⁾.

b) Les substituts de salaire (salaire d'inactivité)

Les substituts de salaire qu'un travailleur en état d'inactivité est appelé à recevoir sont compris dans l'assiette des cotisations. Il faut toutefois préciser l'exception apportée à cette règle en ce qui concerne les prestations de la Sécurité sociale (art. 120, 3e al., CSS).

L'article 120 CSS fait expressément mention des indemnités de congés payés pour les inclure dans la notion de rémunération. D'autres indemnités ont été déclarées éléments de salaire par la jurisprudence. Il en est ainsi de l'indemnité de préavis ou de "brusque rupture", que la 2ème section civile de la Cour de cassation a estimée être un salaire par essence⁽⁴⁾, et la solution en a été confirmée par un arrêt de l'assemblée plénière civile⁽⁵⁾. Les indemnités dites différentielles versées par l'employeur à un salarié malade ou accidenté, en complément des prestations de Sécurité sociale sont,

(1) V. note 5, page précédente.

(2) V. Cass., 11 oct. 1963, *Dr. soc.*, 1964, p. 125; Cass., 23 oct. 1963, *Gaz. Pal.*, 1963, p. 455.

(3) V. D., 1964, p. 406, note J.-J. DUPEYROUX; la question n'est pas encore tranchée, sauf dans le cas des cotisations de l'assurance chômage complémentaire, qui sont expressément exclues de l'assiette des cotisations du régime général par l'art. 4 de l'ordonnance du 7 janv. 1959.

(4) V. Cass., 24 févr. 1960, D., 1960, p. 551.

(5) V. Cass., Ass. plén. civile, 18 juin 1963, D., 1963, p. 643 note J. MINJOZ, qui donne un bref aperçu sur l'évolution de la jurisprudence en cette matière. Il faut préciser que les indemnités de licenciement ne sont pas soumises à cotisation, bien qu'on puisse les mettre sur le même plan que les indemnités de préavis.

selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, soumise à cotisations. Cette jurisprudence a rencontré une résistance de la part de certaines cours d'appel, et a soulevé une controverse dans la doctrine⁽¹⁾. La Cour suprême, par une longue série d'arrêts, confirme son point de vue sur cette question⁽²⁾.

§ 2. — LES LIMITES DE L'ASSIETTE DES COTISATIONS

L'assiette des cotisations ne peut, en aucun cas, être inférieure au montant du salaire minimum interprofessionnel garanti, majoré éventuellement des indemnités, des primes ou d'autres majorations, en vertu d'une disposition législative ou réglementaire⁽³⁾. Cette disposition ne concerne pas les travailleurs auxquels ne s'applique pas la réglementation relative au S.M.I.G. (apprentis, etc.). Une exception est apportée à cette règle par la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle a décidé que l'assiette des cotisations pourrait être inférieure à la limite susindiquée par le jeu des abattements pour frais professionnels propres à certaines professions⁽⁴⁾.

L'assiette des cotisations a aussi une limite supérieure qui est le plafond (art. 119 CSS). La rémunération prise pour base de calcul des cotisations ne peut pas dépasser ce plafond. Celui-ci est fixé annuellement par décret après avis des organisations signataires de la convention collective nationale du 14 mars 1947 (décret du 29 août 1962)⁽⁵⁾.

§ 3. — L'ASSIETTE DES COTISATIONS DES INDÉPENDANTS⁽⁶⁾

L'article 153, § 1, du décret du 8 juin 1946⁽⁷⁾, modifié par le décret du 27 déc. 1965, statue que "la cotisation d'allocations familiales des employeurs et des travailleurs indépendants est due par toute personne physique exerçant, même à titre accessoire, une activité

(1) V. notes J.-J. DUPEYROUX, D., 1960, p. 48, 73 et 503; G. LYON-CAEN, *Dr. soc.*, 1960, p. 613, article précité.

(2) V. Cass., 11 oct. 1961, *Dr. soc.*, 1962, p. 590, observations J.-J. DUPEYROUX; Cass., 3 juil. 1963, *Dr. soc.*, 1963, p. 637, observations G. LYON-CAEN.

(3) L'article 145, § 4, décret du 8 juin 1946.

(4) V. J.-J. DUPEYROUX, chronique précitée sur l'arrêté du 14 sept. 1960; note J.-J. DUPEYROUX, D., 1961, p. 648; observations G. LYON-CAEN, *Dr. soc.*, 1961, p. 560.

(5) Sur les avantages et les inconvénients du plafond des cotisations, v. A. ROUAST et P. DURAND, *Sécurité sociale, op. cit.*, no. 85, p. 126 et s.; J.-J. DUPEYROUX, *Sécurité sociale, op. cit.*, no. 314, p. 466 et s.

(6) Rappelons que dans le régime général, la branche d'allocations familiales s'étend aux employeurs et aux travailleurs indépendants, v. *supra*, p. 23. C'est la raison pour laquelle nous parlons dans ce chapitre de l'assiette des cotisations des indépendants.

(7) Décret portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 4 oct 1945.

non salariée”(1). Sont considérés comme tels, selon le texte, tout associé en nom collectif, tout commandité d'une Société en commandite, et tout gérant d'une société à responsabilité limitée qui n'est pas affilié obligatoirement aux assurances sociales. La Cour de cassation statue que la seule qualité d'associé en nom collectif qui confère “ipso facto” à ce dernier un droit de contrôle et de surveillance sur les opérations de la société, suffit pour qu'il soit assimilé à un travailleur indépendant(2). La nature des activités professionnelles ne constitue pas une raison déterminante pour soustraire certaines d'entre elles à des dispositions de l'article susindiqué(3).

Le § 3 de cet article dispose que la cotisation due par les personnes susindiquées est assise sur le revenu professionnel net tel que déterminé par arrêté ministériel, prévu par l'article 156 du même décret. Or, selon l'article 2 de l'arrêté du 2 juillet 1956, pris en application de l'article 156 précité, le revenu professionnel net correspond au revenu déclaré à l'administration des finances en vue de l'évaluation de la taxe proportionnelle. L'assiette servant à calculer les cotisations d'allocations familiales dues par les employeurs et les travailleurs indépendants est donc identique à celles utilisées pour le calcul de la redevance fiscale susmentionnée. Un arrêt de la Cour de cassation dispose que la plus-value acquise par un fonds de commerce constitue un revenu professionnel parce qu'elle a été comprise par l'intéressé dans sa déclaration d'impôts(4). Ainsi les juges, pour rendre ce jugement, se basent sur l'identité d'assiettes de ces deux redevances et s'abstiennent de se prononcer sur le fond.

Les classes de revenus et les cotisations correspondantes sont déterminées par un décret du 20 juin 1963. Le revenu professionnel annuel inférieur à 3000 F. est dispensé de cotisation (art. 1er, § 3).

SECTION III. — Comparaison

La détermination du revenu de l'activité lucrative et la distinction de ses différentes formes pour les soumettre aux cotisations correspondantes constituent la question fondamentale dans le droit de l'AVS. C'est dans le cadre de cette question que se pose, dans ce droit, le problème de la démarcation entre le travailleur dépendant et le travailleur indépendant. Ce dernier point montre une différence principale entre le droit suisse et le droit français. En effet,

(1) Le § 2 de cet article désigne le travailleur indépendant comme la personne qui n'occupe pas habituellement dans l'exercice de son activité un personnel salarié.

(2) V. Cass., 20 févr. 1963, *Dr. soc.*, 1963, p. 508, observations VOIRIN. On remarque dans ces observations la nouveauté des décisions de ce genre et les commentaires qu'elles suscitent, en droit français.

(3) V. Cass., 20 févr. 1963, *Dr. soc.*, 1963, p. 509, observations VOIRIN.

(4) V. Cass., 25 mai 1962, *Dr. soc.*, 1963, p. 190, observations LYON-CAEN.

dans ce dernier, comme nous l'avons mentionné dans les pages précédentes, c'est la désignation du salarié pour le soumettre à l'assujettissement obligatoire qui constitue la première question importante et le problème de l'assiette des cotisations ne se pose qu'après cette question prédominante.

Nous excluons d'emblée de notre analyse le revenu du travail indépendant, car il n'existe pas dans le régime général français un concept de ce revenu qui lui soit propre. Nous nous bornons donc à comparer la notion de "salaire déterminant" en droit de l'AVS avec celle de "rémunération" en droit français de la Sécurité sociale. Celle-ci, bien qu'élargie dans son acception, est une notion juridique. Elle s'écarte certes d'une conception étroitement synallagmatique du salaire, mais elle continue à être traitée sous un angle strictement juridique. Par contre, le droit de l'AVS a coupé complètement les ponts avec la notion juridique de salaire, à laquelle il a substitué la notion économique de revenu de l'activité lucrative. Celle-ci est plus vaste et plus souple que la notion de rémunération en droit français.

Dans le régime généralisé de l'AVS, un rapport de cause à effet entre un revenu et une activité exercée dans une situation dépendante suffit pour qu'il y ait le "salaire déterminant", cela sans qu'il soit nécessaire que le bénéficiaire du revenu soit formellement doté d'un statut de salarié. Dans le régime général la qualification de salarié est légalement admise pour tous les assurés, et les problèmes de l'assiette des cotisations ne se posent qu'à propos des compléments et des substituts de salaire.

En droit français, les compléments de salaire répondant à un geste facultatif de l'employeur sont comptés dans la rémunération servant d'assiette aux cotisations. Mais il existe certaines gratifications et primes octroyées par l'employeur qu'on qualifie de "pures libéralités". Celles-ci ne sont pas comprises dans l'assiette des cotisations. La notion de "pure libéralité" est complètement étrangère au droit de l'AVS.

La différence entre les concepts de revenu du travail dans les deux systèmes de droit est plus marquante en ce qui concerne les substituts de salaire. Les caractéristiques du régime général français de la Sécurité sociale (être propre aux salariés, usage de la notion juridique de salaire) engendrent parfois des problèmes à propos de certaines indemnités. On peut citer comme exemple le cas de l'indemnité de préavis que la Cour de cassation a estimé être un salaire par essence. Celle-ci n'est due que lorsque la relation du travail a pris fin. Or, le salarié auquel revient cette indemnité pourrait choisir entre-temps une situation sociale différente et une telle éventualité pourrait donner lieu à des subtilités juridiques⁽¹⁾. De tels problèmes ne se posent pas en droit de l'AVS.

(1) Pour une analyse de cette question, v. D., 1960, p. 552, note J.-J. DUPEYROUX.

CHAPITRE VIII

LA NAISSANCE DE LA DETTE DE COTISATION

SECTION I. — En droit suisse

§ 1. — LA NAISSANCE DE LA DETTE DE COTISATION SUR LE REVENU DE L'ACTIVITÉ LUCRATIVE DÉPENDANTE

Selon la jurisprudence du TFA, la dette de cotisation sur le revenu d'une activité dépendante prend naissance lorsque le salaire est acquis. L'acquisition du salaire est en général le moment où l'employeur en effectue le paiement. Le salaire peut être aussi présumé acquis lorsqu'il est inscrit dans les livres de l'employeur au crédit du compte du salarié. Le TFA laissait croire, pendant longtemps, que dans l'AVS, le mode d'acquisition présumée du salaire, sauf dans les cas exceptionnels, était aussi valable que son mode d'acquisition effective. Il déclarait, en effet, que la présomption selon laquelle la passation d'un salaire en compte équivalait à l'acquisition de ce salaire ne peut être renversée que si la preuve est faite que l'inscription correspond seulement à une promesse de salaire ou à un salaire éventuel⁽¹⁾. Il clarifie, plus tard, son point de vue en statuant que l'acquisition présumée du salaire par rapport à son acquisition effective ne présente qu'une règle auxiliaire dans l'AVS. Elle est applicable dans des cas exceptionnels, pour garantir le paiement régulier des cotisations (lorsque, par exemple, le paiement serait effectué à une époque où le salaire ne serait plus soumis à cotisation, et cela causerait un préjudice à l'assuré en créant une lacune dans son compte de cotisation; ou lorsque le salaire passé en compte n'a, en définitive, jamais été payé, parce que, par exemple, il a été laissé dans l'entreprise à titre de prêt)⁽²⁾.

Il convient de rappeler que dans l'AVS, la question de l'exigibilité de la dette de cotisation est complètement distincte de celle de sa naissance. Les périodes de règlement des paiements et des comptes sont adaptées aux circonstances propres à chaque employeur et sont dès lors plus ou moins aléatoires⁽³⁾.

(1) V. les arrêts du TFA dans RCC, 1954, p. 61, 411; RCC, 1955, p. 35, 269; cf. aussi ATFA, 30 janvier et 10 avril 1957, RCC, 1957, p. 178, 314.

(2) V. ATFA, 7 mars 1960, RCC, 1960, p. 319.

(3) V. ATFA, 30 janv. 1957, RCC, 1957, p. 178.

§ 2. — LA NAISSANCE DE LA DETTE DE COTISATION SUR LE REVENU DE L'ACTIVITÉ INDÉPENDANTE

Il est question ici d'un tout autre problème que le précédent, car les cotisations AVS sur le revenu de l'activité lucrative indépendante se perçoivent avec procédure de taxation. On peut les assimiler aux impôts dits périodiques en droit fiscal : ce sont des impôts dont l'objet est un phénomène présumé continu et permanent, tels la fortune et le revenu. La procédure de taxation donne naissance à la dette d'un tel impôt en la fixant pour une période déterminée.

Dans l'AVS, aux termes des articles 9 LAVS, 22 et 24 RAVS, les cotisations sur le revenu d'une activité lucrative indépendante sont en règle générale fixées sur la base de la taxation la plus récente établie par les administrations cantonales de l'IDN. Pour les assurés qui ne sont pas soumis à l'impôt pour la défense nationale, les cotisations seront calculées d'après la taxation la plus récente de l'impôt cantonal sur le revenu "pour autant que cette taxation procède des mêmes principes ou de principes analogues à ceux de l'impôt pour la défense nationale". Elles peuvent aussi être calculées sur la base de la déclaration vérifiée IDN autant qu'une telle déclaration existe (art. 22, 1er al., lettre b, RAVS)⁽¹⁾.

Les données des taxations ci-dessus mentionnées lient les caisses de compensation (art. 22 RAVS)⁽²⁾. Mais leur absence motive une estimation du revenu par la caisse de compensation elle-même (art. 23, lettre a, RAVS). Celle-ci prend aussi cette mesure au cas où les bases du revenu ont subi une modification profonde depuis la période de calcul utilisée par l'autorité fiscale cantonale (art. 23, lettre b, RAVS).

Pour élucider ce dernier point, il faut constater que l'IDN et la cotisation AVS sont fixés, tous les deux, pour des périodes bien-nales. L'AVS, étant liée par la taxation IDN, mais entrée en vigueur à une date non parallèle à celle de l'IDN (IDN 1941—AVS 1948), il en est résulté un décalage pour les périodes de cotisation et de taxation AVS. Il arrive, par conséquent, qu'une estimation du revenu faite par l'autorité fiscale doive être utilisée comme base de cotisation AVS dans un intervalle assez long⁽³⁾. Les modifications pro-

(1) Partant de ce principe, une estimation du revenu par le fisc cantonal d'après le train de vie d'un agriculteur, et non sur la base de son exploitation agricole, n'est pas valable dans l'AVS, v. ATFA, 14 novembre 1953, RCC, 1954, p. 65.

(2) En revanche les autorités juridictionnelles en matière d'AVS ne sont pas liées par ces données fiscales. Elles doivent s'en écarter lorsque leur inexactitude est manifeste ou qu'un assuré la prouve d'une manière convainquante. V. notamment ATFA, 31 août 1953, RCC, 1953, p. 404.

(3) V., sur ce point, J.-F. AUBERT, *Cours de droit des assurances sociales*, 1965, p. 70-72.

fondés du revenu pourraient survenir pendant cet intervalle, ce qui justifierait, comme il est dit plus haut, une taxation par la caisse de compensation elle-même.

Il convient de préciser que l'article 23, lettre b, RAVS, qui autorise ce mode extraordinaire de taxation, est une norme exceptionnelle par rapport à l'article 22 RAVS, et ne souffre aucune interprétation extensive. En d'autres termes, la taxation à cause des modifications profondes du revenu se justifie seulement quand ces dernières sont survenues après la période de calcul et qu'il n'y a pas eu de taxation intermédiaire du fisc (art. 22, 2ème al., 23, lettre b, et 25, 2ème al., RAVS)⁽¹⁾. En outre, ces modifications doivent tenir à l'une des causes explicitement énoncées par l'art. 23, lettre b, RAVS⁽²⁾, et doivent être du 25% du revenu, en plus ou en moins⁽³⁾.

La taxation fiscale communiquée à la caisse de compensation doit faire l'objet d'une adaptation aux dispositions applicables en matière d'AVS : en effet, l'IDN frappe, outre le revenu du travail, le revenu de la fortune⁽⁴⁾, et effectue certaines déductions pour le calcul du revenu net qui ne sont pas autorisées dans l'AVS⁽⁵⁾. En outre, l'incompatibilité de certaines normes de l'IDN avec celles de l'AVS soulève parfois des problèmes qui doivent être résolus⁽⁶⁾.

La taxation AVS, dès son entrée en force, donne naissance à la dette de cotisation sur le revenu d'une activité lucrative indépendante.

SECTION II. — En droit français

LE FAIT GÉNÉRATEUR DE LA DETTE DE COTISATION

Le décret du 25 janvier 1961⁽⁷⁾, dans son article 1er, prévoit

-
- (1) Cela pour empêcher un développement injustifié de l'appareil administratif de l'AVS, v. ATFA, 13 décembre 1951, RCC, 1952, p. 48; ATFA, 6 juillet 1955, A.T.F.A., 1955, p. 183; ATFA, 10 juin 1955, RCC, 1955, p. 331.
 - (2) *Ibid.*, v. aussi ATFA, 13 octobre 1961, RCC, 1962, p. 386; ATFA, 19 avril 1963, RCC, 1963, p. 493; ces deux arrêts concernent deux cas d'application exceptionnelle de l'art. 23, lettre b, RAVS.
 - (3) Cette limite est déterminée par le TFA. V. une série d'arrêts du TFA dans RCC, 1952, p. 44 à 50, surtout celui en la cause H. Pf., p. 48; v. aussi ATFA, 3 juin 1958, RCC, 1958, p. 309; si une modification du revenu inférieure à 25% du revenu plonge un assuré dans la gêne, il a la possibilité de réduire sa cotisation à un niveau tolérable (art. 11, 1er al., LAVS).
 - (4) Articles 18 et 21 AIN.
 - (5) Art. 22 AIN; comp. avec art. 9, 2e al., LAVS.
 - (6) V. par ex., ATFA, 26 février 1960, RCC, 1960, p. 284, sur l'incompatibilité de l'art. 41, 2e al., 2ème et 3ème phrase, AIN, avec l'art. 9, 2e al., lettre c, LAVS.
 - (7) Décret No. 61-100, du 25 janv. 1961, Code sec. soc., p. 225, relatif au recouvrement des cotisations de Sécurité sociale.

que les cotisations dues à raison des rémunérations ou gains perçus par les salariés, pendant un mois civil déterminé, doivent être acquittées (dans les entreprises employant plus de dix salariés) dans les quinze premiers jours du mois suivant. Cet article consacre la théorie selon laquelle le paiement effectif des salaires constitue le fait générateur de la dette de cotisation.

La question du fait générateur de la dette de cotisation présente un intérêt pratique. D'une part, la date de naissance de cette dette détermine celle de son exigibilité et le point de départ des majorations de retard. D'autre part, elle est importante du point de vue des incidences de dispositions modifiant les plafonds ou les taux de cotisations.

Avant le décret susindiqué, la jurisprudence était bien divisée sur cette question⁽¹⁾. Dans les arrêts relatifs à la date d'exigibilité de la dette de cotisation, la théorie qui voit dans le paiement effectif des salaires la naissance de la dette de cotisation a été retenue par la 2^{ème} section civile de la Cour de cassation. Par contre, une autre théorie a été consacrée par la jurisprudence de la chambre criminelle de cette Cour, selon laquelle le fait générateur de la dette de cotisation est le travail fourni par le salarié.

Un exemple, se rapportant à la situation d'avant le décret du 25 janv. 1961, pourra mettre en lumière l'intérêt pratique que présente cette question. Mais il convient, tout d'abord, de rappeler l'art. 134 CSS (abrogé par le décret précité) prescrivant que le versement des cotisations, pour les employeurs d'au moins dix salariés, devait être effectué "dans les quinze premiers jours de chaque mois". Cet article ne précisait pas à quoi devaient correspondre ces versements mensuels. Or, supposons qu'après une période de travail du 15 au 31 janv. dans une entreprise, les salaires correspondants, qui doivent être versés le 3 févr., ne le soient en fait que le 1^{er} mars⁽²⁾. Dans l'hypothèse où l'on considère le travail fourni comme le fait générateur de la dette de cotisation, celle-ci doit être payée avant le 15 févr.; mais si on fait dépendre la naissance de cette dette du paiement effectif des rémunérations, elle doit être acquittée avant le 15 avril. On pourrait aussi faire coïncider la date de naissance de la dette de cotisation avec la date normale des paiements; cela, par le moyen d'une convention qui tiendrait compte en même temps des difficultés techniques que pourrait engendrer cette coïncidence. La date normale du paiement, dans notre exemple, étant le 3 févr., les cotisations dans cette dernière hypothèse devraient être payées avant le 15 mars. Supposons par ailleurs qu'une modification des plafonds et du taux des cotisations intervienne à partir du 14 février; elle est sans incidence avec la première hypothèse de notre exemple dans

(1) V. D., 1958, p. 636, note J.-P. BRUNET, et la jurisprudence citée.

(2) V. D., 1964, p. 117, note J.-J. DUPEYROUX.

laquelle la dette de cotisation est déjà née et déterminée; par contre, elle reçoit application avec les deux autres hypothèses.

Le principe posé par l'article 1er du décret du 25 janv. 1961 éprouve quelque difficulté à se faire admettre unanimement par la jurisprudence. Le procédé particulier des "acomptes" ou du "paiement par quinzaine" en application de l'art. 44, liv. 1er C. trav., qui avait soulevé principalement les controverses sur le fait générateur de la dette de cotisation, n'a pas trouvé, par cet article, sa dernière solution. La question reste toujours posée, si chaque acompte doit être qualifié de salaire pouvant donner naissance à la dette de cotisation ou s'ils doivent être pris en considération dans leur ensemble lors du versement régularisateur pour la double quinzaine. La Cour suprême se prononce dans le sens de ce deuxième point de vue⁽¹⁾, tandis que diverses cours d'appel ont admis le premier⁽²⁾.

Existe-t-il en jurisprudence une dualité de faits générateur des cotisations? Un arrêt de la 2ème section civile de la Cour de cassation, sur l'application de nouveaux taux de cotisations, statue que ceux-ci ne pouvaient s'appliquer à des cotisations afférentes à des périodes de travail antérieures à leur date d'entrée en vigueur, même si les rémunérations correspondantes devaient être payées aux salariés postérieurement à cette date⁽³⁾. Cet arrêt vient d'une section, censée être généralement favorable à la conception qui considère le paiement effectif des salaires comme le fait générateur de la dette de cotisation. Or, cela pourrait nous conduire à l'idée qu'une dualité de faits générateurs, ou une relativité du concept de fait générateur, existe en jurisprudence. Cette idée est rejetée par M. J.-J. Dupeyroux, qui, dans une analyse remarquable, fait le départ entre la question de la naissance de la dette de cotisation et la question de son exigibilité⁽⁴⁾. En réalité, c'est le travail rémunéré qui donnerait naissance à la dette de cotisation, mais la date de son exigibilité serait déterminée par le paiement effectif des rémunérations. A partir de cette analyse, on pourrait même concilier les tendances divergentes de deux chambres de la Cour suprême sur cette question.

Mais une telle analyse ne paraît en tout cas pas être conciliable avec les dispositions du décret du 25 janvier 1961⁽⁵⁾. Le décret s'attache surtout à résoudre le problème du fait générateur en se référant aux principes de droit fiscal. On ne peut aucunement déduire de ses dispositions qu'il laisse coïncider la naissance de la dette

(1) V. Cass., 30 oct. 1963, D., 1964, p. 117, note J.-J. DUPEYROUX.

(2) V. Grenoble, 31 janv. 1961, D., 1961, p. 566, note J.-J. DUPEYROUX.

(3) V. Cass., 20 févr. 1963, *Dr. soc.*, 1963, p. 378, observations G. LYON-CAEN.

(4) V. D., 1964, p. 117, note J.-J. DUPEYROUX.

(5) La cour de Nîmes tente cette conciliation, mais ses arguments ne semblent pas être soutenable, v. Nîmes, 28 mars 1963, D., 1963, sommaires, p. 104; D., 1964, p. 117, note J.-J. DUPEYROUX.

de cotisation avec la période de travail correspondante et ne traite que des délais de paiement⁽¹⁾.

SECTION III. — **Comparaison**

Concernant ce chapitre, la comparaison doit être envisagée de deux manières. D'une part, au point de vue des éléments qui donnent naissance à la dette de cotisation dans chaque système (paiement effectif ou présumé du salaire, en droit suisse — paiement effectif du salaire ou le travail fourni par le salarié, en droit français). D'autre part, au point de vue du rapport direct qui existe entre la date de naissance et la date d'exigibilité de la dette de cotisation en droit français, et l'absence de ce rapport en droit suisse.

Pour cette comparaison, il faut tenir compte de l'une des différences fondamentales qui séparent les deux législations en cause : dans l'une (l'AVS), la transposition des principes de droit fiscal est la règle; dans l'autre (le régime général), ces principes commencent seulement à s'introduire. Ainsi, en droit de l'AVS, comme en matière fiscale, la dette de cotisation est née au moment où le revenu a été "réalisé", c'est-à-dire acquis. Pour déterminer ce moment, l'époque à laquelle l'activité a été exercée ne sera aucunement prise en considération. En revanche, en droit français, le travail fourni par le salarié était pendant longtemps considéré par une partie de la jurisprudence comme le fait générateur de la dette de cotisation. C'est après une longue période de controverse dans la jurisprudence que le décret du 25 janv. 1961 consacra la théorie empruntée au droit fiscal selon laquelle la dette de cotisation est née lors du paiement effectif du salaire.

En droit français, la première conséquence de la naissance de la dette de cotisation est la détermination spontanée de la date de son exigibilité. Celle-ci dépend, de façon infaillible, de celle-là. En revanche, en droit de l'AVS, la date du règlement des paiements et des comptes avec la caisse de compensation et les échéances prévues par l'article 34, 3^e alinéa, RAVS, qui en découlent, ne dépendent pas de la date de naissance de la dette de cotisation, mais sont adaptées aux circonstances propres à chaque employeur.

(1) V. note J.-J. DUPEYROUX, précitée.

CHAPITRE IX

L'EXTINCTION DE LA DETTE DE COTISATION

Nous parlons dans ce chapitre des moyens d'extinction de la dette de cotisation autres que le paiement de celle-ci.

SECTION I. — En droit suisse

§ 1. — COMPENSATION

Aux termes de l'article 20, 3ème alinéa, LAVS, les créances des cotisations peuvent être compensées avec les rentes échues. La compensation des cotisations avec les rentes est exprimée également aux articles 15, 1er alinéa, et 16, 2e alinéa, LAVS⁽¹⁾. Ces dispositions, malgré ce qu'elles laissent apparemment entendre, ont le caractère obligatoire de prescriptions de droit public. Elles n'attribuent en aucune manière aux caisses la faculté de renoncer à la compensation⁽²⁾. Toutefois, sur les modalités de l'exécution d'une compensation, les caisses disposent d'une large liberté d'appréciation⁽³⁾.

La notion de compensation, en droit de l'AVS, repose sur les mêmes principes qu'en droit privé (art. 120, 1er al., CO) à savoir : l'identité du créancier et du débiteur d'une part, l'exigibilité et l'homogénéité des deux dettes, d'autre part⁽⁴⁾.

C'est la réalisation de la première condition qui a quelque peu remué la question de la compensation en droit de l'AVS. Cette condition est considérée toujours remplie par les caisses, même lorsqu'il s'agit de compenser les cotisations d'un assuré dues à une caisse avec la rente que lui doit une autre caisse. Sur le plan financier, les caisses peuvent être considérées comme les mandataires du Fond de compensation de l'AVS⁽⁵⁾. On peut présumer qu'elles forment, conjointement avec ce dernier, une unité financière. Cette présomption ne saurait être contestée quant au fond, d'autant plus qu'il s'agit là d'une redevance de droit public due en réalité à une institution de

(1) Le principe de cette compensation se retrouve aussi dans le règlement d'exécution, aux articles 71, 2e al., et 142, 1er alinéa.

(2) V. une série d'arrêts du TFA, RCC, 1956, p. 368; 1959, p. 191, 452; 1961, p. 117.

(3) V. ATFA, 2 juillet 1959, RCC, 1959, p. 452.

(4) La seule différence réside dans le fait que des cotisations destinées à être compensées seront inscrites au compte individuel de cotisation de l'assuré, immédiatement après la décision de compensation.

(5) V. *La compensation des rentes avec des créances des caisses de compensation*, RCC, 1953, p. 50 et s., 81 et s.; 1956, p. 353 et s.; cf. aussi J.-D. DUCOMMUN, *op. cit.*, p. 211a.

l'Etat et non pas seulement à telle ou telle caisse déterminée⁽¹⁾. Sur le plan pratique, son application empêche le surgissement de sérieuses difficultés en ce qui concerne le bon fonctionnement de la compensation et le recouvrement des cotisations impayées.

La condition d'identité susmentionnée est également réalisée pour l'assuré lorsque celui-ci est personnellement créancier de rente et débiteur de cotisations. Mais certains cas, malgré le défaut de cette condition de la part de l'assuré, la jurisprudence du TFA reconnaît la possibilité d'une compensation. Tels sont, d'une manière générale, tous les cas qui représentent un rapport de fait étroit, "au point de vue du droit de l'AVS et la technique actuarielle", entre la dette de cotisation et le droit à la rente. C'est ainsi que les cotisations personnelles formatrices de rentes⁽²⁾, dues par le mari défunt, peuvent être compensées avec la rente revenant à la veuve⁽³⁾. Ces mêmes cotisations, dues par un père décédé peuvent, par voie de compensation, donner naissance à des rentes d'orphelins en faveur de ses enfants légitimes⁽⁴⁾, auxquels peut être assimilé l'enfant naturel reconnu sans effet d'état civil (art. 27, 2e al., LAVS)⁽⁵⁾. La compensation de telles cotisations avec les rentes est admise même en cas de la répudiation de la succession.

La compensation doit être opérée, en principe, dès que l'événement assuré est arrivé. Mais elle peut aussi intervenir ultérieurement et lorsque, par suite d'une erreur, la rente entière est versée par la caisse. Dans cette éventualité, il faut toutefois que les cotisations impayées n'aient pas été périmées lors de la naissance du droit à la rente⁽⁶⁾.

La compensation doit être opérée d'une manière équitable. Cette question a fait l'objet de l'attention particulière du TFA. Il est allé, malgré sa jurisprudence antérieure, jusqu'à ordonner le remboursement de cotisation fixées par une décision passée en force et ayant déjà fait l'objet d'une compensation. Il a estimé que, dans la mesure où la compensation a été opérée à tort, elle ne peut avoir pour effet d'éteindre la dette (art. 125 CO)⁽⁷⁾.

§ 2. — PRESCRIPTION

L'article 16, 1er alinéa, LAVS, statue que les cotisations dont

(1) V. ATFA, 13 avril 1957, RCC, 1957, p. 364.

(2) Sur la notion de cotisations formatrices de rentes, v. ATFA, 2 juillet 1959, RCC, 1959, p. 452.

(3) V. ATFA, 20 déc. 1950, RCC, 1951, p. 71; ATFA, 14 nov. 1953, RCC, 1954, p. 190.

(4) V. ATFA, 3 févr. 1955, RCC, 1955, p. 375; ATFA, 1er mars 1956, RCC, 1956, p. 194.

(5) V. ATFA, 9 juillet 1956, RCC, 1956, p. 368.

(6) V. ATEA, 18 février 1959, RCC, 1959, p. 191.

(7) V. ATFA, 9 juillet 1956, RCC, 1956, p. 368.

le montant n'a pas été fixé par décision notifiée dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues, ne peuvent plus être exigées ni payées⁽¹⁾. L'alinéa 2 de cet article précise que la créance de cotisations, fixée par décision notifiée conformément au premier alinéa, s'éteint trois ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle la décision est passée en force.

Il faut bien distinguer ces deux prescriptions que le TFA définit comme la prescription faute de décision et la prescription faute de perception⁽²⁾. Le délai de prescription faute de perception (2e alinéa) ne commence à courir que si des cotisations ont été fixées dans le délai prévu pour la prescription faute de décision (1er alinéa). Est une décision interruptive de la prescription au sens de l'article 16, 1er alinéa, LAVS, tout acte que la caisse de compensation communique au débiteur et par lequel elle réclame un montant déterminé de cotisations pour une période déterminée⁽³⁾. De tels actes sont juridiquement valables même s'ils ne sont pas désignés explicitement comme décision et s'ils ne sont pas munis, en dépit de l'article 128, 2e alinéa, RAVS, d'un exposé des moyens de droit⁽⁴⁾.

Le droit de l'AVS, à l'instar du droit fiscal, donne à la "prescription" un sens propre, distinct de celui du droit privé (art. 127 et s. CO)⁽⁵⁾. La prescription en droit de l'AVS signifie l'extinction dans le sens de disparition complète de la dette de cotisation⁽⁶⁾. En réalité il s'agit d'une péremption. Il s'ensuit qu'à l'échéance du délai de prescription, il n'existe plus aucune obligation naturelle, qui pourrait être exécutée volontairement ou par compensation. La loi apporte une exception à cette règle à la dernière phrase de l'article 16, 2e alinéa, LAVS, selon laquelle "la créance non éteinte lors de l'ouverture du droit à la rente peut en tout cas être encore compensée conformément à l'article 20, 3e al., LAVS". Il en résulte, *a contrario*, qu'en dehors d'un cas visé par cette norme exceptionnelle les créances "éteintes" sont périmées et ne peuvent plus faire l'objet d'une compensation. Cette disposition ne concerne d'ailleurs que la prescription faute de perception. Le cours du délai de prescription de 5 ans prévu à l'article 16, 1er al., LAVS ne peut pas être interrompu par l'ouverture du droit à la rente. Par conséquent, les

(1) La question de l'exigibilité de ces cotisations a été consciemment éludée dans la nouvelle teneur de l'art. 16, 1er al., LAVS, en vigueur depuis le 1er janvier 1954; comp. l'ancienne et la nouvelle teneur de cet article; v. ATFA, 28 janv. 1957, RCC, 1957, p. 180.

(2) V. notamment ATFA, 28 janvier 1957, RCC, 1957, p. 180; ATFA, 19 févr. 1957, RCC, 1957, p. 367.

(3) V. ATFA, 4 juillet 1963, RCC, 1964, p. 27.

(4) V. notamment ATFA, 20 déc. 1956, RCC, 1957, p. 185.

(5) V. ATFA, 19 août 1955, RCC, 1955, p. 417.

(6) V. ATFA, 29 janv. 1959, RCC, 1959, p. 400; ATFA, 21 avril 1961, cons. 2, RCC, 1961, p. 332; ATFA, 24 oct. 1962, RCC, 1963, p. 114.

cotisations périmées par la prescription faute de décision ne peuvent plus être compensées avec la rente même si l'événement assuré se réalise avant l'expiration du délai de prescription⁽¹⁾. On voit ainsi la différence de conception en matière de prescription en droit de l'AVS et en droit commun. En effet, l'article 120, 3e al., CO, dispose explicitement et d'une manière générale qu'une obligation naturelle subsiste au delà de l'échéance du délai de prescription.

Enfin, il faut rappeler la norme complémentaire selon laquelle, "si le droit de réclamer des cotisations non versées naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant" (art. 16, 1er al., 2ème phrase, LAVS). Cette disposition part de l'idée qu'une réclamation de cotisations arriérées née d'un acte punissable ne doit pas se heurter à la prescription alors que l'on pourrait encore poursuivre l'auteur de l'acte⁽²⁾.

§ 3. — RÉDUCTION DES COTISATIONS

Selon l'article 11, 1er al., LAVS⁽³⁾, les cotisations personnelles dont le paiement constituerait une charge trop lourde pour l'assuré pourront être réduites équitablement, sur la demande de ce dernier, pour une période déterminée ou indéterminée. Cette norme, selon le texte de la loi, est applicable seulement aux personnes exerçant une activité lucrative indépendante, et à celles sans activité lucrative (art. 10, 1er al., LAVS). Son application a été étendue par la jurisprudence aux travailleurs dont l'employeur n'est pas soumis à cotisations (art. 6 LAVS)⁽⁴⁾.

On peut considérer la réduction comme une forme particulière de la procédure de perception des cotisations. En effet, une demande de réduction ne justifie nullement une révision ultérieure de décisions de cotisations passées en force. En d'autres termes, la procédure de réduction, sans pouvoir entraîner une correction de la taxation, pose seulement la question de savoir dans quelle mesure la décision de cotisation passée en force doit être exécutée⁽⁵⁾. La con-

(1) V. ATFA, 19 février 1957, p. 367; ATFA, 28 juin 1963, RCC, 1964, p. 78.

(2) V. notamment ATFA, 31 août 1957, RCC, 1957, p. 310.

(3) C'est avec intention que nous avons évité de parler de l'art. 11, 2e al., LAVS, concernant la remise des cotisations de 1 franc par mois, dans des cas de très grave indigence. En effet, d'une part, cette disposition demeure restreinte au cas où, selon les termes du TFA, "la pauvreté confine à la misère". Or, de nos jours, pareils cas sont extrêmement rares en Suisse, pour ne pas dire inexistants. D'autre part, cette disposition, en remettant la dette de l'assuré, la met à la charge du canton de son domicile et il s'agit là, au fond, d'une extinction de la dette de cotisation par paiement. V., sur ce sujet, notamment ATFA, 13 nov. 1950, 2 fév. 1951, RCC, 1951, p. 38, 158.

(4) V. ATFA, 11 mai 1950, RCC, 1950, p. 300.

(5) V. ATFA, 17 oct. 1952, RCC, 1952, p. 427.

séquence en sera que le débiteur de cotisations sera libéré d'une partie de sa dette.

La réduction est une mesure exceptionnelle, qui doit intervenir en cas d'embaras pécuniaires extrêmes de l'assuré, en vue d'éviter des poursuites contre lui. Ce but visé par l'article 11, 1er al., LAVS tient au fait que des poursuites contre un assuré dans la gêne ne pourraient qu'empêcher la marche de ses affaires sans rien apporter à l'assurance⁽¹⁾. Par contre, en cas de faillite de l'assuré, il convient de refuser la réduction des cotisations, qui ne pourrait profiter qu'à ses créanciers⁽²⁾. Cela est admissible à d'autant plus forte raison que les cotisations AVS sont privilégiées en cas de faillite (art. 99 LAVS); et même si elles restent impayées, il y aura toujours la possibilité de les compenser avec les premières rentes et les utiliser ainsi dans le calcul de ces dernières. Comme on le voit, le refus d'accorder la réduction ne joue pas nécessairement au détriment de l'assuré⁽³⁾.

La réduction se limite au cas où le paiement des cotisations ordinaires constituerait une charge trop lourde pour l'assuré. La notion de charge trop lourde, d'après la jurisprudence du TFA, signifie un état d'impossibilité pour l'assuré de réunir les moyens nécessaires au paiement de sa dette de cotisations; parce que ses moyens ne couvrent pas ses besoins essentiels et ceux de sa famille, ou ne les couvriraient plus après paiement de sa dette⁽⁴⁾. La loi laisse une grande latitude à l'appréciation du juge en cette matière. Ce qui est décisif, dans cette appréciation, c'est le rapport entre le montant de la cotisation et la situation économique du débiteur dans son ensemble (revenu du travail, fortune, revenu de la fortune, dettes, obligation d'entretien et d'assistance)⁽⁵⁾. La position sociale de l'assuré ne joue aucun rôle à cet égard. C'est aussi sur ce rapport que le degré de la réduction doit être déterminé. Ce degré ne peut être au dessous de 2% que si l'assuré est dans une situation financière exceptionnellement difficile⁽⁶⁾.

§ 4. — REMISE DES COTISATIONS ARRIÉRÉES

La remise des cotisations arriérées est réglée par l'article 40,

(1) V. ATFA, 31 déc. 1948, RCC, p. 162; dans ce but, une réduction peut être accordée à un débiteur qui a conclu un concordat avec ses créanciers, v. l'arrêt du tribunal administratif du canton de Berne, 22 oct. 1951, RCC, 1952, p. 130.

(2) V. ATFA, 28 juin 1951, RCC, 1951, p. 336.

(3) V. ATFA, 16 févr. 1959, RCC, 1959, p. 125.

(4) V. notamment ATFA, 7 mai 1951, RCC, 1951, p. 243; ATFA, 15 oct. 1958, RCC, 1958, p. 426.

(5) V. notamment ATFA, 5 août 1952, RCC, 1952, p. 319.

(6) V. ATFA, 12 avril 1950, RCC, 1950, p. 257.

ler al., RAVS. Selon cette disposition, "celui qui pouvait croire de bonne foi ne pas devoir les cotisations réclamées en sera exonéré pour le tout ou en partie lorsque le paiement des cotisations lui imposerait une charge trop lourde au regard de ses conditions d'existence".

La base légale de cette disposition est l'article 14, 4e al., dernière phrase, LAVS. Mais il est un peu paradoxal de constater que cette phrase a été introduite dans le texte de l'art. 14 LAVS, six ans après l'existence de son règlement d'exécution. En d'autres termes, l'article 40, 1er al., RAVS existait longtemps avant même qu'il ait eu une base légale. Pendant ce temps cette disposition avait influencé l'application de l'article 11, 1er al., LAVS. Ce dernier, rappelons-le, contient des règles concernant la réduction des cotisations personnelles courantes sous la seule condition de "charge trop lourde". Tandis que la disposition en question réglemente la remise totale ou partielle des cotisations arriérées sous deux conditions : la "charge trop lourde" et la "bonne foi". On peut imaginer qu'une réglementation concernant la remise partielle des cotisations arriérées pourrait se rapporter, par une extension de principe, à l'article 11, 1er al., LAVS. Mais cette extension, comme on le verra dans les lignes qui suivent, irait à l'encontre du but visé par le législateur.

Jusqu'au 1er janvier 1954, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle teneur de l'article 14, 4e al., LAVS, l'art. 40, 1er al., RAVS était privé de base légale. De ce fait, il n'était manifestement pas applicable aux cotisations partiaires⁽¹⁾. Quant à son application aux indépendants, aux "non-actifs" et aux salariés dont l'employeur n'est pas soumis à cotisations, elle dépendait de la signification de cette disposition par rapport à l'article 11, 1er al., LAVS. Autrement dit, ce dernier s'appliquait aussi à la réduction des cotisations personnelles arriérées. Mais l'application du critère de la "bonne foi" à cet égard était laissée à l'appréciation du juge et dépendait du sens que celui-ci aurait donné au critère de la charge "trop lourde".

Cette manière de voir était observée dans la pratique des caisses, pendant longtemps encore, après l'entrée en vigueur de la nouvelle teneur de l'article 14, 4e al., LAVS, qui donne à l'art. 40, 1er al., RAVS un fondement légal. Mais soudain, un arrêt du TFA renversa complètement la situation. Il statua que la remise partielle des cotisations, réglée par l'article en question, était une réglementation spéciale modifiant la norme générale de l'article 11, 1er al., LAVS, sur la réduction. En d'autres termes, une requête de réduction des cotisations personnelles arriérées devait être jugée, non pas selon l'art. 11, 1er al., LAVS, mais en vertu de l'article 40, 1er

(1) Le TFA déclare toutefois qu'il pourrait être désirable, *de lege ferenda*, d'admettre dans certains cas la remise des cotisations paritaires arriérées, v. ATFA, 12 mai 1952, RCC, 1952, p. 140.

al., RAVS⁽¹⁾. La première conséquence de cette jurisprudence, comme le TFA lui-même le releva dans un autre arrêt rendu seulement quelques mois plus tard, était que le critère de la bonne foi devait être appliqué en plus de celui la charge trop lourde⁽²⁾. Or, refuser la réduction dans tous les cas où l'assuré aurait omis, de mauvaise foi, le paiement de ses cotisations personnelles au moment opportun, rendrait illusoire le but visé par la réduction qui est d'éviter la faillite de l'assuré dans la gêne. De plus, compte tenu de la nature des obligations des assurés visée par l'article 11, 1er al., LAVS, il n'arriverait pas souvent que l'un d'eux puisse être accusé d'avoir violé de mauvaise foi ses obligations de cotiser. En effet, dans la procédure de déclaration du revenu, les indépendants et les "non-actifs" n'ont aucune obligation légale envers l'AVS⁽³⁾.

Dans son deuxième arrêt, dont nous avons fait mention plus haut, le TFA procède à un examen approfondi de ce problème par suite duquel il modifie sa jurisprudence en cette matière. Il déclare que l'article 14, 4e al., LAVS et l'article 40, 1er al., RAVS, sont des normes exclusivement réservées aux cotisations paritaires. Elles peuvent être aussi appliquées, le cas échéant, pour la remise totale des cotisations personnelles arriérées. Elles ne peuvent d'aucune façon modifier l'article 11, 1er al., LAVS, qui pose une norme exhaustive.

La remise des cotisations arriérées est un moyen d'extinction définitive de la dette de cotisation. Elle est considérée comme une mesure exceptionnelle, lorsqu'il s'agit de la remise des cotisations arriérées paritaires. Outre la condition de bonne foi, dont la notion est ici la même qu'en droit privé (art. 2 et 3 CCS)⁽⁴⁾, la condition de charge trop lourde doit être strictement réalisée. Cette dernière peut être considérée comme remplie seulement dans le cas où le paiement des cotisations arriérées mettrait l'employeur et sa famille dans un véritable état de gêne⁽⁵⁾.

Pour que la remise des cotisations paritaires arriérées puisse être accordée, la jurisprudence exige une troisième condition, qui doit être remplie cumulativement avec les deux autres. Selon celle-ci, la remise ne doit aucunement porter préjudice aux salariés touchés par elle⁽⁶⁾.

Cette condition jurisprudentielle paraît être rarement réali

(1) V. ATFA, 15 oct. 1958, RCC, 1958, p. 426.

(2) V. ATFA, 16 févr. 1959, RCC, 1959, p. 125.

(3) Seuls ceux qui ne sont pas imposables ou n'ont pas encore été taxés par le fisc peuvent devoir remplir un questionnaire à la demande de la caisse.

(4) V. ATFA, 17 juin 1957, cons. 2, RCC, 1958, p. 26.

(5) V. ATFA, 11 nov. 1957, RCC, 1958, p. 97.

(6) V. ATFA, 30 nov. 1954, RCC, 1955, p. 196; ATFA, 10 déc. 1958, RCC, 1959, p. 63; ATFA, 4 juillet 1963, RCC, 1964, p. 27.

sable⁽¹⁾. En effet, la possibilité d'une remise des cotisations paritaires arriérées, comprenant les cotisations de salariés déduites par l'employeur et non versées à la caisse, devrait être d'emblée écartée, vu son incompatibilité évidente avec la condition de bonne foi. Or, il est difficile à imaginer comment la remise des cotisations de salariés, non déduites et par conséquent non inscrites au compte individuel des cotisations de ces derniers (art. 138, 1er al., RAVS), peut ne pas être préjudiciable à ceux-ci. La solution serait que la caisse réclame directement aux salariés les cotisations arriérées qui auraient dû être retenues sur leur salaire, comme en cas de faillite de l'employeur⁽²⁾.

SECTION II. — En droit français

§ 1. — PRESCRIPTION

L'article 152 CSS statue que toute action ou poursuite est obligatoirement précédée d'un avertissement ou d'une mise en demeure adressée par lettre recommandée, à l'employeur ou au travailleur indépendant; l'article 153 CSS précise que "l'avertissement ou la mise en demeure ne peut concerner que les périodes d'emploi comprises dans les cinq années qui précèdent la date de son envoi; enfin, l'article 169 CSS dispose que l'action civile en recouvrement des cotisations se prescrit par cinq ans à dater de l'expiration du délai de 15 jours suivant l'avertissement ou la mise en demeure. Il faut noter qu'il s'agit, dans ce dernier article, d'une prescription de l'action qui ne doit pas être confondue avec celle de la créance prévue à l'article 153 CSS précitée. En fait, c'est un nouveau délai qui court à compter de l'avertissement ou de la mise en demeure, et qui peut être assimilé à un act d'instruction.

Pendant longtemps, pour la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence, la notion de prescription de la dette de cotisation au regard du droit de la Sécurité sociale obéissait aux règles prévues par le Code civil en matière de prescription (art. 2219 et s. C. civ.). Un premier arrêt de la Cour de cassation remit en cause ce qui semblait jusqu'alors comme les données acquises de ce problème⁽²⁾. En effet, selon l'article 2223 du Code civil, "les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription"; et l'article 2224 du même Code déclare que "la prescription peut être opposée en tout état de cause... à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir renoncé". Or, l'arrêt précité approuve les juges du fond qui, dans leur jugement, avaient pris le contresens des articles susmentionnés. Non seulement ils avaient

(1) V., dans ce sens, J.-D. DUCOMMUN, *op. cit.*, p. 237a.

(2) V. ATFA, 26 janv. 1963, cons. 3, RCC, 1963, p. 351.

(3) V. Cass., 4 avril 1962, D., 1962, p. 531, note J.-J. DUPEYROUX.

retenu d'office la prescription, mais encore, ils avaient déclaré prescrite une partie des cotisations, après le paiement de celles-ci par le débiteur.

Depuis cet arrêt, la notion de prescription dans le droit de la Sécurité sociale commence à s'écarter de la notion du droit civil. Certains ont même suggéré l'analyse du délai quinquennal de l'art. 153 CSS en un délai préfixe d'ordre public, susceptible d'être invoqué d'office par les juges. Mais cette préférence ne peut cependant pas résoudre le problème que posent la nature juridique du paiement et son caractère définitif⁽¹⁾.

La question la plus controversée en matière de prescription est celle de la prescription de la dette de majorations de retard. C'est surtout cette question qui a soulevé la controverse sur la nature juridique de ces majorations. A supposer que les cotisations et leurs majorations soient de deux natures différentes, la mise en demeure ne visant que les premières est, au point de vue de la prescription, sans effet sur ces dernières⁽²⁾. En revanche, si elles sont de nature identique, une mise en demeure concernant les cotisations, même si elle ne contient pas une mention relative aux majorations y afférentes, doit s'appliquer nécessairement à ces dernières. Car, dans cette hypothèse, celles-ci ne sont que l'accessoire des cotisations⁽³⁾.

La Cour suprême admet l'identité de nature des cotisations et leurs majorations de retard, et précise qu'elles doivent, les unes et les autres, être régies par les mêmes dispositions en ce qui concerne la prescription⁽⁴⁾. Elle décide cependant que les majorations, pour participer à l'effet interruptif de la prescription, doivent être réclamées expressément avec des chiffres⁽⁵⁾ dans la mise en demeure concernant les cotisations.

Cette prise de position, qui résout un problème, en crée un autre. En effet, le montant des majorations, qui dépend du retard que met l'employeur pour payer ses cotisations échues, est impossible à calculer lors de l'envoi de la première mise en demeure⁽⁶⁾. Il pourrait donc arriver que le paiement des cotisations arriérées de 9 ans, par exemple, soit réclamé à un employeur par une deuxième mise en demeure. Alors, tandis que les cotisations dues pour toutes

(1) V. note J.-J. DUPEYROUX, précitée.

(2) V. J. CAREL, *De la prescription en matière de majorations de retard de Sécurité sociale*, *Gaz. Pal.*, 1964, 1er, Doctr., p. 90.

(3) V. note J. MINJOZ, D., 1964, p. 429.

(4) V. Cass., 27 févr. 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, 2e, juri., p. 154; D., 1964, p. 429, note J. MINJOZ, précitée.

(5) V. A. LEENHARDT, *Du délai quinquennal de l'article 153 du Code de la Sécurité sociale*, *Gaz. Pal.*, 1964, 2e, Doctr., p. 38; pour la notion de la mise en demeure, v. M. HAMIAUT, S., 1962, p. 19, chronique précitée.

(6) V. note J. MINJOZ, précitée.

ces années sont recouvrables, la prescription peut avoir été acquise pour les majorations appartenant aux années précédant l'envoi de la première mise en demeure.

Les problèmes de la prescription en droit français de la Sécurité sociale sont très complexes, et n'ont pas encore été résolus de manière définitive.

§ 2. — RÉDUCTION DES MAJORATIONS DE RETARD

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un cas d'extinction de la dette de cotisation, laquelle est exclue de toute remise ou réduction, il nous a paru utile de parler brièvement de la réduction des majorations de retard. La raison en est qu'elles ont été reconnues par la Cour de cassation comme l'accessoire des cotisations, avec la même nature juridique que ces dernières.

En vertu de l'article 13 du décret du 25 janvier 1961, qui abroge et remplace l'article 137 CSS⁽¹⁾, "les employeurs peuvent, en cas de force majeure ou de bonne foi dûment prouvées, formuler une demande gracieuse en réduction des majorations de retard...". Cette demande n'est toutefois recevable qu'après règlement de la totalité des cotisations auxquelles correspondent ces majorations. Ce même article autorise le directeur de l'union de recouvrement ou de la caisse auxquelles l'employeur doit payer ses cotisations à statuer sur les demandes portant sur un montant initial de majorations inférieur à un chiffre limite fixé par arrêté ministériel. Au delà de ce chiffre, c'est la commission de recours gracieux⁽²⁾ qui statue, sur proposition du directeur.

Le rapprochement, fait par le législateur, des notions de bonne foi et de force majeure dans cet article a soulevé la critique de la doctrine. La force majeure, qui caractérise l'imprévisibilité et l'insurmontabilité d'un obstacle, exonère un débiteur de toute la responsabilité de l'inexécution de son obligation. Elle doit donc pouvoir justifier, non une réduction comme en cas de bonne foi, mais la remise totale des majorations de retard. La bonne foi elle-même n'a jamais été définie dans la Sécurité sociale. Elle est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. La bonne foi en droit de la Sécurité sociale, à l'encontre du droit civil, ne se présume pas

(1) A vrai dire, c'est la loi du 1er septembre 1951 qui, en ajoutant un article 36 bis à l'ordonnance du 4 octobre 1945, a prévu pour la première fois la réduction des majorations de retard. Cette disposition, devenue l'article 137 du Code sec. soc., a été abrogé par un décret du 7 janvier 1959, et ce dernier texte a été remplacé par le décret du 25 janvier 1961 susmentionné.

(2) Sur la nature de la commission de recours gracieux, v. *Dr. soc.*, 1961, p. 377, observations P. RAYNAUD; *Dr. soc.*, 1964, p. 599, observations P. VOIRIN.

et doit être prouvée par le débiteur⁽¹⁾.

SECTION III. — **Comparaison**

Sur les moyens d'extinction de la dette de cotisation la comparaison se limite à la notion de prescription dans les deux systèmes juridiques. La notion de compensation, celles de remise et de réduction des cotisations, sont étrangères au droit français de la Sécurité sociale.

On peut assimiler les délais prévus dans l'AVS pour la prescription faute de décision et celle faute de perception, aux délais prévus dans le régime général pour la prescription de la créance et celle de l'action civile. Il y a toutefois une différence, dans la manière dont chaque régime considère le point de départ de ces délais. Dans l'AVS, ce point de départ est reporté à la fin de l'année civile pour laquelle sont dues les cotisations, et à la fin de celle au cours de laquelle la décision est passée en force. Ainsi les échéances individuelles sont supprimées en vue d'une simplification administrative. Au contraire, dans le régime général, ces échéances sont observées. C'est la date de l'envoi de l'avertissement ou la mise en demeure qui sert, d'une part, du point de départ pour le délai de la prescription de l'action civile et, d'autre part, du point à partir duquel on remonte en arrière pour compter le délai de la prescription de la créance. Celui-ci se rapporte aux périodes d'emploi et non, comme dans l'AVS, à celles pour lesquelles sont dues les cotisations. Cela est dû au fait que, dans le régime général, les assurés ne sont que des salariés.

(3) Sur les notions de force majeure et de bonne foi, v. D., 1956, p. 573, note J. ANDRIEUX; *Dr. soc.*, 1963, p. 188; 1964, p. 124, observations G. LYON-CAEN.

TABLE DES MATIERES

PARTIE GÉNÉRAL

Chapitre premier	LA SÉCURITÉ SOCIALE	1
Section I.	La notion	1
§ 1.	Différence entre la Sécurité sociale et l'assurance sociale	3
a)	La différence de conception	3
b)	La différence d'administration	3
c)	La différence de techniques	3
§ 2.	L'assistance sociale	5
§ 3.	Le service national de santé	6
§ 4.	Extension actuelle de la Sécurité sociale	6
Section II.	La Sécurité sociaux des travailleurs	7
§ 1.	La notion de "travailleur"	7
§ 2.	La protection des travailleurs par la Sécurité sociale	8
Chapitre II	EVOLUTION HISTORIQUE	10
Section I.	Evolution dans le monde	10
§ 1.	Procédés de la prévoyance individuelle et collective au 19ème siècle	10
a)	L'épargne	10
b)	La mutualité	10
c)	L'assurance privée	11
d)	La responsabilité de l'employeur	11
§ 2.	L'invention du système des assurances sociales obligatoires des travailleurs vers la fin du 19ème siècle	12
§ 3.	La formation de la conception nouvelle de la Sécurité sociale	13
Section II.	Développement en Suisse	13
Section III.	Développement en France	17
Chapitre III	ETAT ACTUEL DE LA SÉCURITÉ SOCIALE	20
Section I.	En Suisse	20
Section II.	En France	22

Section III.	La réglementation internationale	24
§ 1.	La protection sociale des travailleurs migrants.	25
a)	La délimitation du champ d'application des législations nationales en matière de Sécurité sociale	26
b)	Le problème de la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition	27
§ 2.	Les conventions bilatérales de Sécurité sociale.	29
§ 3.	Les conventions multilatérales de Sécurité sociale.	29
§ 4.	Les conventions bilatérales entre la Suisse et la France	30
Section IV.	Les conventions de l'Organisation internationale du Travail	32
§ 1.	Les conventions d'avant la guerre de 1939	32
§ 2.	L'activité de l'O.I.T. après la guerre de 1939 ...	33
	PARTIE SPECIALE	35
Chapitre I	LA NOTION DE COTISATION	36
Chapitre II	LES SUJETS ACTIFS DES COTISATIONS ..	38
Section I.	En droit suisse	
	Les caisses de compensation AVS	38
Section II.	En droit français	
	Les caisses primaires de Sécurité sociale et les caisses d'allocations familiales	40
Section III.	Comparaison	42
Chapitre III	LES SUJETS PASSIFS DES COTISATIONS	44
Section I.	En droit suisse	44
§ 1.	Les travailleurs dépendants et indépendants ..	44
§ 2.	L'employeur	48
§ 3.	L'employeur et le versement de la cotisation paritaire entière	49
Section II.	En droit français	52
§ 1.	Le salarié	52
§ 2.	Les cas d'extension du principe	55
§ 3.	Les cas d'extension du principe au conjoint	58
§ 4.	L'employeur et ses obligations du précompte et du versement en tant que débiteur de cotisations	59
Section III.	Comparaison	61

§ 1.	La distinction entre le travailleur dépendant et le travailleur indépendant	61
§ 2.	L'employeur	62
Chapitre IV	LA NAISSANCE DU RAPPORT DE COTISATION	63
Section I.	En droit suisse	63
§ 1.	Les conditions d'assujettissement obligatoire à l'AVS	63
a)	Le domicile	63
b)	L'exercice d'une activité lucrative	66
§ 2.	La condition d'âge	66
Section II.	En droit français	67
Section III.	Comparaison	68
Chapitre V	L'EXTINCTION DU RAPPORT DE COTISATION	69
Section I.	En droit suisse	69
§ 1.	La disparition des conditions entraînant l'obligation de cotiser	69
§ 2.	La réalisation des conditions permettant l'exemption de l'assurance obligatoire	70
a)	L'affiliation à une institution étrangère d'AVS	71
b)	La double charge trop lourde	71
Section II.	En droit français	73
Section III.	Comparaison	73
Chapitre VI	LA NATURE JURIDIQUE DES COTISATIONS	75
Section I.	En droit suisse	75
Section II.	En droit français	78
§ 1.	La nature juridique des cotisations	78
§ 2.	La nature juridique des majorations de retard	81
Section III.	Comparaison	82
Chapitre VII	L'OBJET DU RAPPORT DE COTISATION	84
Section I.	En droit suisse	84
§ 1.	Le revenu des assurés exerçant une activité lucrative	84
§ 2.	Le revenu de l'activité lucrative dépendante ...	85
a)	La rémunération pour un travail réellement exécuté (salaire au sens strict et ses suppléments)	85

	b)	La rémunération qui ne résulte pas d'un travail réellement exécuté	86
	§ 3.	Le revenu de l'activité lucrative indépendante.	89
	a).	Le revenu de l'activité lucrative indépendante et le recenu dû à la conjoncture	90
	b)	Le revenu de l'activité lucrative indépendante et le revenu de la fortune	91
	Section II.	En droit français	94
	§ 1.	Le salaire (l'assiette des cotisations)	94
	a)	Les compléments de salaire	95
	b)	Les substituts de salaire (salaire d'inactivité)	97
	§ 2.	Les limites de l'assiette des cotisations	98
	§ 3.	L'assiette des cotisations des indépendants	98
	Section III.	Comparaison	99
Chapitre VIII		LA NAISSANCE DE LA DETTE DE COTISATION	101
	Section I.	En droit suisse	101
	§ 1.	La naissance de la dette de cotisation sur le revenu de l'activité lucrative dépendante	101
	§ 2.	La naissance de la dette de cotisation sur le revenu de l'activité lucrative indépendante ..	102
	Section II.	En droit français	103
		Le fait générateur de la dette de cotisation ..	103
	Section III.	Comparaison	106
Chapitre IX		L'EXTINCTION DE LA DETTE DE COTISATION	107
	Section I.	En droit suisse	107
	§ 1.	Compensation	107
	§ 2.	Prescription	108
	§ 3.	Réduction des cotisations	110
	§ 4.	Remise des cotisations paritaires	111
	Section II.	En droit français	114
	§ 1.	Prescription	114
	§ 2.	Réduction des majorations de retard	116
	Section III.	Comparaison	117
		Table des matières	118
		Abréviation	122
		Bibliographie	123

ABREVIATIONS

AI.	Assurance-invalidité.
AIN.	Arrêté du Conseil fédéral sur l'impôt pour la défense nationale.
APG.	Allocations aux militaires pour perte de gain.
ATF.	Arrêt du Tribunal fédéral.
ATFA.	Arrêt du Tribunal fédéral des assurances.
A.T.F.	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.
A.T.F.A.	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral des assurances.
AVS.	Assurance-vieillesse et survivants.
B.I.T.	Bureau international du Travail.
Bulletin de l'AISS.	Bulletin de l'Association Internationale de la Sécurité Sociale.
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation.
Cass. civ.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre civile.
Cass. crim.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle.
Cass. soc.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale.
CCS.	Code civil suisse.
Ch. réun.	Chambre réunies de la Cour de cassation.
C.I.T.	Conférence internationale du Travail.
CO.	Code des obligations.
Cons. d'Etat.	Conseil d'Etat.
CSS.	Code de la Sécurité Sociale.
D.	Recueil Dalloz.
Dr. soc.	Droit social.
FF.	Feuille fédérale.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
IDN.	Impôt pour la défense nationale.
LAI.	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité.
LAPG.	Loi fédérale sur le régime des allocations aux militaires pour perte de gain.
LAVS.	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants.
Mess. féd.	Message fédéral.
OFAS.	Office fédéral des assurances sociales.
O.I.T.	Organisation internationale du Travail.
RAVS.	Règlement d'exécution de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants.
RCC.	Revue à l'intention des caisses de compensation.
RDS.	Revue de droit suisse.
Rev. intern. trav.	Revue internationale du Travail.
SZSV.	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung.
TF.	Tribunal fédéral.
TFA.	Tribunal fédéral des assurances.
ZSGV.	Schweizerische Zeitung für Staats-und Gemeinde-Verwaltung.

BIBLIOGRAPHIE

- ACHERMANN K. — *Der Arbeitgeber in der Schweizerischen Sozialversicherung*, SZSV, 1960, p. 117-142.
- ALLAIN S. — *Les décrets des 20 mai et 17 septembre 1955 sur l'intéressement du personnel des entreprises à la productivité*, Dr. soc., 1956, p. 411.
- ALVIN L. — *Salaire et Sécurité sociale*, Paris, (PUF), 1947.
- ANDRIEUX J. — Note, D., 1956, p. 573.
- AUBERT J.-F. — *Cours d'assurances sociales* (cours dactylographié), Université de Neuchâtel, 1965.
- BERENSTEIN A. — *Cours d'assurances sociales* (notes de cours), Université de Genève, 1954.
- BERENSTEIN A. — *Les rapports de l'employeur avec la Sécurité sociale à l'occasion des accidents du travail et des maladies professionnelles*, SZSV, 1964, p. 89-114.
- BEVERIDGE W. — *Social Insurance and Allied Services*, Londres 1942.
- BINSWANGER P. — *Kommentar zur AHV*, Zurich, 1950.
- BLUMENSTEIN E. — *Schweizerisches Steuerrecht*, Tübingen, 1926.
- BLUMENSTEIN E. — *System des Steuerrechts*, 2e éd., Zurich, 1951.
- BRATSCHI T. — *Der Einkommenbegriff in der AHV*, thèse Berne, 1952.
- BRUN A. et GALLAND H. — *Droit du travail*, Paris, (Sirey), 1958.
- BRUNET J.-P. — Note, D., 1958, p. 636.
- BRUXELLES A. — *Notion juridique et caractères des cotisations d'assurances sociales dans la législation française*, thèse Grenoble, 1932.
- Bulletin de L'AISS. — *Objectifs et normes minima de la Sécurité sociale*, septembre 1951.
- Bulletin de L'AISS. — *Vers un nouveau code international de Sécurité sociale*, avril-mai 1951.
- Bulletin de L'AISS. — *La Sécurité sociale en Suisse*, septembre 1961.
- CAREL J. — *De la prescription en matière de majorations de retard de Sécurité sociale*, Gaz. Pal., 1er, Doctr., p. 90.
- CATALA N. — Note, D., 1964, p. 618; 1967, p. 137.
- DOUBLET J. — *La Sécurité sociale et les frontières: formation d'un droit international*, Population, avril-juin 1955.
- DOUBLET J. et LAVAU G. — *Sécurité sociale*, Paris, (PUF), 1957.
- DOUBLET J. — *Sécurité sociale*, Paris, (PUF), 1964.
- DUCOMMUN J.-D. — *Problèmes juridiques de l'assurance-vieillesse et survivants*, Revue de droit suisse, 1955, p. 183a-299a.

- DUPEYROUX J.-J. — *L'arrêté du 14 septembre 1960 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de Sécurité sociale*, D., 1960, Chron., p. 249.
- DUPEYROUX J.-J. — *L'affaire "L'accueil touristique" et l'article 160 du Code de la Sécurité sociale*, D., 1961, Chron., p. 13.
- DUPEYROUX J.-J. — *Les condition de l'affiliation obligatoire au régime général de la Sécurité sociale*, D., 1962, Chron., p. 179.
- DUPEYROUX J.-J. — Observations, Dr. soc., 1962, p. 590.
- DUPEYROUX J.-J. — Notes, D., 1960, p. 48 73, 503 552; 1961. p. 566, 648; 1962, p. 287, 531; 1964, p. 117, 406; 1967, p. 227.
- DUPEYROUX J.-J. — *Sécurité sociale*, Paris (Dalloz), 1965.
- DURAND P. et VITU A. — *Traité de droit de travail*, Paris, (Dalloz), 1950.
- DURAND P. — *Etranges innovations en droit hypothécaire*, D., 1952, Chron., p. 1.
- DURAND P. — *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, Paris, (Dalloz), 1953.
- DURAND P. — *L'ordonnance du 7 janvier 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise*, Dr. soc., 1959, p. 78.
- FAVRE A. — *Droit constitutionnel suisse*, Fribourg, Ed. univ., 1966.
- FLEINER F. — *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8e éd., Zurich, 1938.
- FREYRIA Ch. — *L'affiliation à la Sécurité sociale des dirigeants des Sociétés commerciales*, Dr. soc., 1953, p. 38 et s., 110 et s.
- FRIEDEL G. — *L'assujettissement de certains dirigeants de sociétés à la Sécurité sociale*, Dr. soc., 1956, p. 168 et s., 307 et s.
- GALANT H. — *Histoire politique de la sécurité sociale*, (Armand Colin), 1955.
- GARAGNON J. — Note, D., 1958, p. 296.
- GATTING A. — *La Sécurité sociale*, Collection: Que sais-je? Paris, (PUF), 1948 (ouvrage trois fois refondu, dernière édition, 1963).
- GETTING A. — *Cotisations de Sécurité sociale*, Paris, 1963.
- GIORGIO H. — *Exposé historique et systématique de la législation sur les assurances sociales*, dans "*La Suisse économique et sociale*", 1927.
- GRISEL A. — *La réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat*, *Revue de droit suisse*, 1948, p. 459a-540a.
- GUONIN — Conclusions, D., 1957, p. 712.
- HAMIANT M. — *Réflexions sur les majorations de retard et les mises en demeure dans la Sécurité sociale*, S., 1962, p. 15.
- HARRINGTON M. — *Other America: Poverty in the United States*, New York, (Mac Millan), 1962.
- HUNZIKER M. — *Der Ausgleichsfonds des Schweizerischen Alters-und Hinterlassenenversicherung*, thèse Zurich, 1963.

- IM HOF A. — *Beitrag, Gebühr, Steuer und ihre Unterscheidung*, ZSGV, 1951, p. 393-408.
- ISELIN P.-F. — *Schweizerische Staatsverträge über Sozialversicherung*, thèse Zurich, 1957.
- JUTTARD J. — *Le recours "article 52" (art. 160 du Code de la Sécurité sociale)*, *Gaz. Pal.*, 1961, 2, Doctr., p. 51.
- LANDMANN J. — *Exposé historique de la réglementation du travail en Suisse*, dans *"La Suisse économique et sociale"*, 1927.
- LAROQUE P. — *De l'assurance sociale à la Sécurité sociale*, *Rev. intern. trav.*, vol. LVII, juin 1948.
- LAROQUE P. — *Problèmes internationaux de Sécurité sociale*, *Rev. intern. trav.*, vol. LXVI, juillet et août 1952.
- LEENHARDT A. — *Du délai quinquennal de l'article 153 du Code de la Sécurité sociale*, *Gaz. Pal.*, 1964, 2, Doctr., p. 38.
- LINDON R. — *Conclusions*, D., 1955, p. 92.
- LYON-CAEN G. — *Manuel de droit du travail et de Sécurité sociale*, Paris, (Librairie Générale de Droit et Jurisprudence), 1955.
- LYON-CAEN G. — *Le salaire dans le droit du travail et dans le droit de la Sécurité sociale*, *Dr. soc.*, 1960, p. 613.
- LYON-CAEN G. — *Observations*, *Dr. soc.*, 1961, p. 317, 560, 567; 1963, p. 188, 190, 378, 381, 636, 637; 1964, p. 123, 126, 255.
- MAURER A. — *Recht und Praxis der Schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung*, Berne, 1963.
- MEURICE M. — *Note*, *Dr. soc.*, 1964, p. 381.
- MILHAUD E. — *Le plan Beveridge*, Genève, 1943.
- MINJOZ J. — *Notes*, D., 1963, p. 42, 274, 643; 1964, p. 429; 1965, p. 833.
- NEF H. — *Kantonale Gesetze über Familienausgleichskassen*, dans la *Festgabe für August Egger*, 1945.
- NETTER F. — *Notions essentielles de Sécurité sociale*, Paris, (Sirey), 1951.
- NETTER F. — *La Sécurité sociale et ses principes*, Paris, (Sirey), 1959.
- NETTER F. — *La Sécurité sociale des travailleurs migrants*, *Rev. intern. trav.*, vol. LXXXVII, janv. 1963, p. 34-55.
- NETTER F. — *L'évolution du statut des institutions de Sécurité sociale*, *Dr. soc.*, 1964, p. 242.
- NICOLAY — *Conclusions*, *Dr. soc.*, 1964, p. 374.
- NOLLET P. — *La parafiscalité*, *Dr. soc.*, 1953, p. 65.
- OSWALD H. — *AHV-Praxis*, Berne, 1953.
- OSWAID H. — *Actuelle Rechtsfragen aus dem Gebiete der Alters- und Hinterlassenenversicherung*, *Revue de droit suisse*, 1955, p. 4a-174a.
- PATIN M. — *Rapport*, D., 1954, p. 57.
- PERRAUD-CHARMANTIER. — *De la nature juridique des caisses de Sécurité*

- sociale et des conséquences pratiques qui en résultent, *Gaz. Pal.*, 1957, 2, Doctr., p. 44.
- RAYNAUD P. — Observations, *Dr. soc.*, 1961, p. 337.
- RIPPERT G. — Note, *D.*, 1952, p. 1.
- RIVERO J. et SAVATIER J. — *Droit du travail*, Paris, (PUF), 1956.
- ROUAST A. — Note, *D.*, 1949, p. 565.
- ROUAST A. — *Entraide familiale et Sécurité sociale*, *D.*, 1959, Chron., p. 9.
- ROUAST A. et DURAND P. — *La Sécurité sociale*, Paris, (Daloz), 1958.
- SAXER A. — *Die Soziale Sicherheit in der Schweiz*, Berne, 1963.
- SAXER A. — *La Sécurité sociale suisse*, Berne, 1964.
- SAXER P. — *Die AHV-Ausgleichskassen*, thèse Berne, 1953.
- SILLIG J. — *Contributions à l'étude du régime juridique des concessions en droit suisse*, thèse Lausanne, 1946.
- SCHWEINGRUBER E. — *Sozialgesetzgebung der Schweiz*, Zurich, 1955.
- TROCLET L.-E. — *Problèmes belges de Sécurité sociale*, 1949.
- TSCHUDI H.-P. — *La politique sociale en Suisse et ses problèmes*, *Revue syndicale suisse*, 1958, p. 105-116.
- TSCHUDI H.-P. — *Aufgaben und Kompetenzen der Kantones in der Sozialversicherung*, SZSV, 1959, p. 181-196.
- VANDAMME J. — Note, *D.*, 1962, p. 337.
- VOIRIN P. — Note, *D.*, 1952, p. 121; observations, *Dr. soc.*, 1960, p. 576; 1961, p. 59, 256, 371; 1963, p. 508, 509; 1964, p. 599.
- WATILLON L. — *Le problème des prestations de Sécurité sociale à octroyer aux ayants droits des travailleurs migrants*, *Bulletin de l'AISS.*, mars 1953.
- WATILLON L. — *La convention européenne concernant la Sécurité sociale des travailleurs des transports internationaux*, *Dr. soc.*, avril 1957.
- WOLF H. — *Les conventions intrnationales d'AVS, RCC*, 1955, p. 380 et s.

Autres ouvrages et articles

- L'Organisation internationale du Travail et les assurances sociales*, Etudes et doc., série M, no. 12, 1936.
- Sécurité sociale : ses principes ; les problèmes qui se posent à la suite de la guerre*, C.I.T., 26ème session, Montréal, 1944.
- La Sécurité sociale, Etude internationale*, B.I.T., Genève, 1950.
- La Sécurité sociale, Cours d'éducation ouvrière*, B.I.T., Genève, 1958.
- La convention signée avec la France sur l'AVS, RCC*, 1950, p. 1 et s.
- La caisse de compensation et les conventions internationales en matière d'assurance sociale*, RCC, 1953, p. 287-290.
- Plans pour la Sécurité sociale en Grande-Bretagne*, *Rev. intern. trav.*, vol. XLVII, janvier 1943, p. 51-67.

La vingt-sixième session de la Conférence internationale du travail, Philadelphie, avril-mai 1944, Rev. intern. trav., L, juillet 1944, p. 1-45.

Objectifs et normes minima de la Sécurité sociale, 34ème session de la Conférence internationale du travail 1951: Rapport V(1), Genève, B.I.T., 1950; Rapport IV(2), Genève, B.I.T., 1951. 35ème session de la Conférence internationale du travail, 1952: Rapport Va(1), Genève, B.I.T., 1951; Rapport Va(2), Genève, B.I.T., 1952.

Les archives internationales contemporaines, "PHAROS", fasc., no 431, 1957, doc., no. 1327 .

Développement futur dans le domaine de nos conventions internationales, RCC, 1961, p. 164-166.

L'AVS de 1948 à 1964, RCC, 1964, p. 132 et s.

L'aide aux invalides dans les cantons avant l'entrée en vigueur de l'AI, RCC, 1960, p. 170-192.

